

**Methodik StR**

## Übungsklausur

Prof. Dr. Hans Theile und Wiss. Mitarbeiterin Marcelle Janina Gatter

**Der skrupellose Heimwerker:  
Eine Bohrmaschine zum Nulltarif**

**Hans Theile:** Der Autor ist Inhaber des Lehrstuhls für Kriminologie, Strafrecht, Strafprozess- und Wirtschaftsstrafrecht am Fachbereich Rechtswissenschaften der Universität Konstanz.

**Marcelle Janina Gatter:** Die Autorin ist Wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl von Prof. Dr. Hans Theile.

*Der auf eine Bearbeitungszeit von 2 Stunden ausgelegte Fall weist einen mittleren Schwierigkeitsgrad auf und behandelt verschiedene Problemfelder aus dem Bereich der Vermögensdelikte. Er wurde als Abschlussklausur der Vorlesung Strafrecht, Besonderer Teil 1 an der Universität Konstanz gestellt.*

*Vermögensdelikte – Beschlagnahmeproblematik – Auswirkungen von Zweifeln des Geschädigten auf das Vorliegen eines Irrtums – Wohnungsbegriff – räuberischer Diebstahl – Gaspistole als Waffe*

**SACHVERHALT**

A ist begeisterter Heimwerker und will sich seit längerer Zeit eine Mini-Bohrmaschine samt Bohraufsätzen zulegen. Leider verfügt er nur über begrenzte finanzielle Mittel und überlegt, wie er an diese Werkzeuge kommen kann.

Eines Tages betritt er den auf den Verkauf von Bohraufsätzen spezialisierten Werkzeughandel des B und erklärt diesem, er sei Beamter der neu gegründeten Behörde zur Überwachung der Sicherheit am Arbeitsplatz und müsse in dieser Funktion ein paar Bohraufsätze eines bestimmten hochwertigen Typs (Wert € 150,-) zum Zwecke der Überprüfung »sicherstellen« und mechanisch testen, da es in der letzten Zeit vermehrt zu Arbeitsunfällen mit derartigen Geräten gekommen sei. Da es dabei zwangsläufig zu Abnutzungen der Bohraufsätze komme, würden diese auch nicht mehr an B zurückgelangen. B hat von einer solchen Behörde zwar noch nichts gehört und zweifelt deshalb zunächst. Da er mit Blick auf die allgegenwärtige Bürokratie nichts mehr für ausgeschlossen hält, fügt er sich aber in sein Schicksal und händigt dem A die Bohraufsätze aus.

Nach einiger Zeit fällt A ein, wie er auch noch an die von ihm begehrte Mini-Bohrmaschine gelangen kann. Da er von Freunden erfahren hat, dass C in dem im Garten seines Wohnhauses in unmittelbarer Nähe zu diesem gelegenen freistehenden Gartenschuppen ein Gerät gleichen Typs aufbewahrt, begibt er sich nachts zu dem Grundstück des C, drückt ein an der Hinterseite des Schuppens befindliches und nur lose angelehntes Fenster auf und zwingt sich durch die dadurch entstandene Öffnung. »Nur zur Sicherheit« hat A eine Gaspistole dabei. Gerade als er die Mini-Bohrmaschine in seinem Rucksack verstaut hat, hört er, dass sich eine Person dem Schuppen nähert. Dabei handelt es sich um C, der durch Geräusche aus dem Schlaf aufgeweckt nach dem Rechten sehen will und nun die an der Vorderseite des Schuppens gelegene Tür aufschließt. Bevor C auch nur erkennen kann, dass er ungebetenen Besuch hat, feuert A – der nicht einsieht, durch C um den »Lohn« seiner Anstrengungen gebracht zu werden – aus kurzer Distanz auf ihn, wobei C durch das nach vorne austretende Tränengas kurzzeitig außer Gefecht gesetzt ist. Diese Zeitspanne nutzt A, um mitsamt der Beute zu verschwinden.

Bearbeitervermerk:

Strafbarkeit des A? §§ 132, 132a StGB sind nicht zu prüfen.

**1. Teil: Die Bohraufsätze****A. Strafbarkeit des A gemäß § 263 I<sup>1</sup>**

A könnte sich durch die »Sicherstellung« der Bohraufsätze gemäß § 263 I gegenüber und zu Lasten des B strafbar gemacht haben<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Bei allen nicht näher bezeichneten Paragraphen handelt es sich um solche des StGB.

<sup>2</sup> In Fällen, in denen wie hier die Abgrenzung zwischen Betrug und Diebstahl problematisch ist, empfiehlt es sich mit der Prüfung des Delikts anzufangen, das im Ergebnis abgelehnt wird.

## I. Tatbestand

### 1. Objektiver Tatbestand

#### aa) Täuschung

Durch die Erklärung, ein Beamter der neu gegründeten Behörde zur Überwachung der Sicherheit am Arbeitsplatz zu sein, wollte A bewusst irreführend über Tatsachen auf das Vorstellungsbild des B einwirken, so dass eine ausdrückliche Täuschung vorliegt<sup>3</sup>.

#### bb) Irrtum

Durch diese Täuschung müsste A des Weiteren einen Irrtum des B hervorgerufen haben. Hierunter ist jede unrichtige Vorstellung über Tatsachen zu verstehen<sup>4</sup>.

B hatte von der (fiktiven) Behörde noch nichts gehört und zweifelte daher. Zum Teil wird in derartigen Konstellationen ein Irrtum abgelehnt, da dort, wo Selbstschutz möglich sei, der Rechtsgüterschutz durch das Strafrecht zurückzutreten habe<sup>5</sup>. Nach einer anderen Ansicht wird verlangt, dass der Getäuschte die Wahrheit zumindest für wahrscheinlicher als die Unwahrheit hält<sup>6</sup>. Durch diese einschränkenden Ansichten wird allerdings an die Stelle des Irrtumsbegriffs eine vom Gesetz abweichende kriminalpolitische Entscheidung gesetzt, durch die kaum begründbare Freiräume für betrügerische Verhaltensweisen geschaffen werden und auch weitere Einschränkungen, namentlich die der Aufgabe des Schutzes von Unerfahrenen und Leichtgläubigen, nahe gelegt werden<sup>7</sup>. Nach der herrschenden Meinung ist deswegen auch bei Zweifeln ein Irrtum gegeben, sofern der Getäuschte die Wahrheit nur für möglich hält und gerade durch die

Möglichkeitsvorstellung zu der Verfügung motiviert wird<sup>8</sup>.

Hier wurde B allein dadurch, dass er die Behauptung des A für möglich hielt, zur Herausgabe der Bohraufsätze motiviert. Nach zutreffender Ansicht ist somit ein Irrtum zu bejahen.

#### cc) Vermögensverfügung

Aufgrund dieses Irrtums müsste B auch über sein Vermögen verfügt haben. Eine Vermögensverfügung liegt in jedem (rechtlichen oder tatsächlichen) Handeln, Dulden oder Unterlassen, das unmittelbar zu einer Vermögensminderung im wirtschaftlichen Sinne führt<sup>9</sup>. Hier hat B dem A die Bohraufsätze ausgehändigt und damit deren Besitz übertragen, was für eine Vermögensverfügung sprechen könnte. Für diese wäre jedoch, in Abgrenzung zu § 242, ein Verfügungsbewusstsein des B Voraussetzung<sup>10</sup>. Ein – beim Sachbetrug anders als beim Forderungsbetrug unbedingt erforderliches – Verfügungsbewusstsein<sup>11</sup> setzt voraus, dass das Opfer sich darüber im Klaren ist, den Gewahrsam vollständig zu verlieren und innerlich »frei« diesem Gewahrsamswechsel zustimmt, da nur ein solches Verhalten dem Selbstschädigungscharakter des Betruges entspricht<sup>12</sup>.

<sup>3</sup> Vgl. Schönke/Schröder/Cramer/Perron StGB, 28. Aufl., § 263 Rn 6; Joecks StGB, 10. Aufl., § 263 Rn 29. Im Gegensatz hierzu versteht eine verbreitete Literaturansicht das Merkmal rein objektiv (Fischer StGB, 60. Aufl., § 263 Rn 14; NK-Kindhäuser StGB, 3. Aufl., § 263 Rn 58).

<sup>4</sup> Maurach/Schroeder/Maiwald BT 1, 10. Aufl., § 41 Rn 57; Wessels/Hillenkamp BT 2, 35. Aufl., § 13 Rn 510.

<sup>5</sup> Amelung GA 1977, 1ff; Hassemer Schutzbedürftigkeit des Opfers und Strafrechtsdogmatik, 1981, 131ff; Schünemann FS Faller, 1984, 357ff, insb. 362f.

<sup>6</sup> Dästner ZRP 1976, 36, 37; Giehring GA 1973, 1ff; Sonnen wistra 1982, 123, 127f. Nach Kindhäuser FS Bemann, 1997, 339, 358 soll eine Betrugsstrafbarkeit dann ausscheiden, wenn die Zweifel des Opfers »Vorsatzdichte« erreichen.

<sup>7</sup> Wessels/Hillenkamp BT 2, 35. Aufl., § 13 Rn 512. Vgl. auch BGH NJW 2003, 1198f; Achenbach JURA 1984, 602, 603; Loos/Krack JuS 1995, 204, 207f.

<sup>8</sup> BGH NJW 2003, 1198f; OLG Karlsruhe wistra 2004, 276, 277; Achenbach JURA 1984, 603; Küper BT, 8. Aufl., 224f; Loos/Krack JuS 1995, 207f; Wessels/Hillenkamp BT 2, 35. Aufl., § 13 Rn 512.

<sup>9</sup> Rengier BT 1, 14. Aufl., § 13 Rn 63.

<sup>10</sup> Nach ganz h.M. hat die Abgrenzung über die innere Willensrichtung des Getäuschten zu erfolgen, BGHZ 5, 365, 368; BGHSt 18, 221, 223; NJW 1992, 2041; Schönke/Schröder/Cramer/Perron StGB, 28. Aufl., § 263 Rn 63; Haft/Hilgendorf BT 1, 9. Aufl., 8; Wessels/Hillenkamp BT 2, 35. Aufl., Rn 631. Nach a. A. (Schmitt, in: FS Spendel, 1992, 575, 581) ist auf das äußere Erscheinungsbild abzustellen.

<sup>11</sup> OLG Hamm NJW 1969, 620, 621; Eisele BT 2, 2. Aufl., Rn 563ff; Ranft JURA 1992, 66, 68; Rengier BT 1, 14. Aufl., § 13 Rn 64; Wessels/Hillenkamp BT 2, 35. Aufl., § 13 Rn 518, 639. A. A. LK-Tiedemann StGB, Band 9/1, 12. Aufl., § 263 Rn 118.

<sup>12</sup> Vgl. Duttge Handkommentar Gesamtes Strafrecht, 2. Aufl., § 263 Rn 29f; Wessels/Hillenkamp BT 2, 35. Aufl., § 13 Rn 518, 631ff, 639. Nach a. A. ist das Freiwilligkeitskriterium zur Abgrenzung ungeeignet und überflüssig, so Rengier BT 1, 14. Aufl., § 13 Rn 77ff. Auch dieser verneint allerdings in den Fällen der Pseudo-Beschlagnahme die Vermögensverfügung mit dem Argument, dass wer sich staatlichem Zwang beuge, den Gewahrsam nicht aufgrund eines eigenen Willensentschlusses übertrage, sondern aufgrund eines Befehls, der für eine eigene Willensbetätigung keinen Raum lasse. Dem folgend Hecker JuS 2011, 849, 850. Mit derselben Begründung hat auch der BGH in einer neueren Entscheidung die Abgrenzung zwischen Betrug und Wegnahme in einem Fall der Pseudo-Beschlagnahme vorgenommen (BGH NJW 2011, 849, 850).

Hier händigte B zwar seinerseits selbst die Bohraufsätze aus, wähnte sich andererseits aber einem Amtsträger gegenüber, so dass an der Freiwilligkeit der Gewahrsamsübertragung Zweifel bestehen könnten.

Grundsätzlich können Täuschung und Zwang zwar in Motivkonkurrenz zueinander treten. Wird die Drucksituation für das Opfer jedoch so stark, dass es – wenn auch infolge der Täuschung – keine Möglichkeit mehr sieht, als den Gewahrsam preiszugeben, so scheidet eine »freiwillige« Vermögensverfügung aus und das Geschehen ist als diebstahlstypische Fremdschädigung zu werten<sup>13</sup>. In einem solchen Fall ist es unerheblich, ob das Opfer an dem Gewahrsamswechsel äußerlich mitwirkt oder diesen nur geschehen lässt<sup>14</sup>.

Hier glaubt B sich hoheitlichem Zwang beugen zu müssen und den Gewahrsam ohnehin zu verlieren. Es fehlt somit an der Freiwilligkeit und damit an der Vermögensverfügung<sup>15</sup>.

## II. Ergebnis

Somit scheidet eine Strafbarkeit des A wegen Betruges aus.

## B. Strafbarkeit des A gemäß § 242

A könnte sich durch die Sicherstellung der Bohraufsätze allerdings gemäß § 242 des Diebstahls strafbar gemacht haben.

<sup>13</sup> Vgl. BGH NJW 1953, 73, 74; *Eisele* BT 2, 2. Aufl., Rn 566; MünchKomm-StGB/Hefendehl, Band 4, 1. Aufl., § 263 Rn 236f; *Wessels/Hillenkamp* BT 2, 35. Aufl., § 14 Rn 631ff. A. A. OLG Nürnberg NJW 1949, 877f.

<sup>14</sup> So die h. M., vgl. BGH NJW 1953, 73, 74; *Eisele* BT 2, 2. Aufl., Rn 566; MünchKomm-StGB/Hefendehl, 1. Aufl., Band 4, § 263 Rn 237; *Lackner/Kühl* StGB, 27. Aufl., § 263 Rn 26; *Wessels/Hillenkamp*, BT 2, 35. Aufl., § 14 Rn 631ff. Nach a. A. liegt, wenn der Getäuschte die Sache dem vermeintlichen Amtsträger aktiv übergibt, kein Diebstahl sondern Betrug vor, so NK-*Kindhäuser* StGB, Band 2, 3. Aufl., § 242 Rn 54; *Schröder* ZStW 60 (1941), 33, 41f; *LK-Vogel* StGB, Band 8, 12. Aufl., § 242 Rn 126.

<sup>15</sup> Vgl. BGHZ 5, 365, 369; BGHSt 18, 221, 223; *Duttge* Handkommentar Gesamtes Strafrecht, 2. Aufl., § 263 Rn 30; *Geppert* JuS 1977, 69, 70.

## I. Tatbestand

### 1. Objektiver Tatbestand

Die im Eigentum des B stehenden Bohraufsätze sind eine für A fremde, bewegliche Sache.

A müsste dem B die Bohraufsätze weggenommen haben. Die Wegnahme setzt den Bruch fremden und die Begründung neuen, nicht notwendigerweise tätereigenen Gewahrsams voraus<sup>16</sup>. Gewahrsam ist ein tatsächliches Herrschaftsverhältnis zwischen einer Person und einer Sache, das von einem natürlichen Sachherrschaftswillen getragen ist<sup>17</sup>. Die Reichweite richtet sich nach der Verkehrsauffassung und den tatsächlichen Umständen des Einzelfalles<sup>18</sup>. Spätestens mit Verlassen des Ladens hat A Alleingewahrsam an den Bohraufsätzen erlangt. Problematisch gestaltet sich hier die Beantwortung der Frage, ob fremder Gewahrsam gebrochen wurde, was voraussetzt, dass die Sachherrschaft des bisherigen Gewahrsamsinhabers B gegen seinen Willen oder zumindest ohne sein Einverständnis aufgehoben wurde<sup>19</sup> oder ob ein tatbestandsausschließendes Einverständnis des B vorlag.

B hat hier selbst den Gewahrsam übertragen und ging davon aus, dass er nicht nur den Gewahrsam lockert, sondern, da die Bohraufsätze nach der Erklärung des A nicht an ihn zurück gelangen würden, vollständig preisgibt. Jedoch dachte er, dass Widerstand gegen diese angeblich hoheitliche Maßnahme ohnehin zwecklos sei, so dass kein »freiwilliges« tatbestandsausschließendes Einverständnis vorliegt<sup>20</sup>.

Somit hat A dem B die Bohraufsätze weggenommen.

### 2. Subjektiver Tatbestand

A handelte vorsätzlich. A wollte die Bohraufsätze zudem für sich nutzen und dem B nie zurückgeben, so dass er auch mit (Selbst-)Zueignungsabsicht bezüglich der Sachsubstanz handelte<sup>21</sup>.

<sup>16</sup> *Eisele* BT 2, 2. Aufl., Rn 25.

<sup>17</sup> BGHSt 40, 8, 23; *Rengier* BT 1, 14. Aufl., § 2 Rn 11.

<sup>18</sup> *Rengier* BT 1, 14. Aufl., § 2 Rn 11.

<sup>19</sup> Vgl. BGHSt 8, 273, 276; Bay OLG NJW 1979, 729; OLG Celle JR 1987, 253, 254; *Rengier* BT 1, 14. Aufl., § 2 Rn 31; *Wessels/Hillenkamp* BT 2, 35. Aufl., § 2 Rn 115.

<sup>20</sup> Vgl. oben und BGHSt 18, 221, 223; *Geppert* JURA 1977, 70.

<sup>21</sup> Vgl. zur Zueignungsabsicht *Rengier* BT 1, 14. Aufl., § 2 Rn 38ff.

### 3. Rechtswidrigkeit der erstrebten Zueignung und diesbezüglicher Vorsatz

Die erstrebte Zueignung war auch rechtswidrig, da A insbesondere auch keinen fälligen, einredefreien Anspruch auf Übereignung der Bohraufsätze gegen B hatte<sup>22</sup>. Dies war A auch bewusst.

## II. Rechtswidrigkeit und Schuld

A handelte rechtswidrig und schuldhaft.

### III. Ergebnis

A hat sich somit gemäß § 242 I des Diebstahls an den Bohraufsätzen strafbar gemacht. Eines Strafantrags bedarf es nicht, da der Wert der Bohraufsätze mit € 150 über der Geringwertigkeitsgrenze des § 248 a liegt<sup>23</sup>.

## C. Strafbarkeit des A gemäß § 123 I Alt. 1

A könnte sich zudem gemäß § 123 I Alt. 1 strafbar gemacht haben, als er den Geschäftsraum des B zum Zweck des Diebstahls der Bohraufsätze betrat.

### I. Geschützte Räumlichkeit

Bei dem Werkzeughandel des B handelt es sich um einen abgeschlossenen Raum, der für gewisse Zeit oder auf Dauer hauptsächlich zum Betreiben gewerblicher, wissenschaftlicher, künstlerischer oder ähnlicher Geschäfte, nämlich gewerblicher Zwecke, verwendet wird und somit um einen Geschäftsraum<sup>24</sup>.

### II. Eindringen

In diesen Geschäftsraum müsste A eingedrungen sein. Eindringen bedeutet das Betreten des Tatobjekts gegen den

<sup>22</sup> Vgl. *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf* BT, 2. Aufl., § 13 Rn 122; *Eiselle* BT 2, 2. Aufl., Rn 88.

<sup>23</sup> Vgl. *Fischer* StGB, 60. Aufl., § 248 a Rn 3 a; *Joecks* StGB, 10. Aufl., § 248 a Rn 7.

<sup>24</sup> Vgl. *Joecks* StGB, 10. Aufl., § 123 Rn 7.

Willen des Berechtigten<sup>25</sup>. Hier könnte B durch A eine Zutrittserlaubnis erteilt worden sein, was als tatbestandsausschließendes Einverständnis zu werten wäre. Dieses ist nicht notwendigerweise auf den Einzelfall beschränkt, sondern kann auch generell, allen oder bestimmten Personengruppen erteilt werden<sup>26</sup>.

Hier war das Betreten des Geschäfts durch eine generelle Zutrittserlaubnis gedeckt. Daran ändert auch die deliktische Absicht des A nichts, da sein Verhalten in seinem äußeren Erscheinungsbild nicht von dem generell gestatteten Verhalten erheblich abweicht<sup>27</sup>.

### III. Ergebnis:

Somit hat sich A nicht gemäß § 123 I Alt. 1 des Hausfriedensbruchs strafbar gemacht.

## 2. Teil: Die Mini-Bohrmaschine

### A. Strafbarkeit des A gemäß § 242

Durch das Verstauen der Mini-Bohrmaschine in seinem Rucksack könnte sich A gemäß § 242 des Diebstahls strafbar gemacht haben.

### I. Tatbestand

#### 1. Objektiver Tatbestand

Bei der Mini-Bohrmaschine handelt es sich um eine für A fremde, bewegliche Sache.

<sup>25</sup> So die h.A. *Lackner/Kühl* StGB, 27. Aufl., § 123 Rn 5; *Schönke/Schröder/Lenckner/Sternberg-Lieben* StGB, 28. Aufl., § 123 Rn 11 m. w. N.; *Rengier* BT 2, 13. Aufl., § 30 Rn 8; *MünchKomm-StGB/Schäfer*, Band 3, 2. Aufl., § 123 Rn 27. Eine a.A. lässt ein Handeln ohne den Willen des Berechtigten ausreichen, so *SK-Rudolphi/Stein* StGB, § 123 Rn 13 (Stand: 61. Lfg, September 2004); *Schall* Die Schutzfunktionen der Strafbestimmung gegen den Hausfriedensbruch, 1974, 142. Die beiden Ansichten kommen jedoch im Wesentlichen zu den selben Ergebnissen (*Schönke/Schröder/Lenckner/Sternberg-Lieben* StGB, 28. Aufl., § 123 Rn 11).

<sup>26</sup> *Joecks* StGB, 10. Aufl., § 123 Rn 7; *MünchKomm-StGB/Schäfer*, Band 3, 2. Aufl., § 123 Rn 32.

<sup>27</sup> Vgl. *Fischer* StGB, 60. Aufl., § 123 Rn 17 f; *Joecks* StGB, 10. Aufl., § 123 Rn 35 f; *Schönke/Schröder/Lenckner/Sternberg-Lieben* StGB, 28. Aufl., § 123 Rn 26; *Rengier* BT 2, 13. Aufl., § 30 Rn 11 f; *MünchKomm-StGB/Schäfer*, Band 3, 2. Aufl., § 123 Rn 33. A. A. allerdings *BGH StV* 1996, 660; *Gössel/Dölling* BT 1, 2. Aufl., 417.

Diese müsste A weggenommen haben. Fraglich ist zu welchem Zeitpunkt A neuen eigenen Gewahrsam begründet hat<sup>28</sup>. Neuer Gewahrsam wird dann durch den Täter begründet, wenn er die tatsächliche Herrschaft über die Sache derart erlangt, dass er sie ohne Behinderung durch den bisherigen Gewahrsamsinhaber ausüben kann und dieser seinerseits nur noch über die Sache verfügen kann, wenn er zuvor die Verfügungsmacht des Täters wieder beseitigt<sup>29</sup>. Dies könnte zu dem Zeitpunkt des Einsteckens der Mini-Bohrmaschine in den Rucksack zweifelhaft sein, weil sich A, als er die Bohrmaschine in seinen Rucksack verbringt, samt Bohrmaschine noch immer in der generell von C beherrschten räumlichen Sphäre befand. Allerdings müsste der bisherige Gewahrsamsinhaber C zur Wiedererlangung seiner ungehinderten Verfügungsgewalt in die persönliche Sphäre des A eindringen, die aufgrund dessen Persönlichkeitsrechts mit einem Tabu umgeben ist, weswegen er mit besonderen Widerständen rechnen müsste<sup>30</sup>. Deshalb weist auch die natürliche Lebensauffassung demjenigen, der einen Gegenstand in seiner Tasche oder auch der Kleidung trägt, den ausschließlichen Gewahrsam zu<sup>31</sup>. Aus diesem Grund wird von der herrschenden Meinung bei kleinen, leicht zu verbergenden Sachen grundsätzlich bereits dann eine vollendete Wegnahme bejaht, wenn der Gegenstand in die Kleidung oder ein leicht zu transportierendes Behältnis verbracht wurde (sog. Gewahrsamsenklaue)<sup>32</sup>. Um ein solches handelt es sich bei dem Rucksack. A hat folglich neuen Gewahrsam an der Mini-Bohrmaschine begründet.

<sup>28</sup> Mit Blick auf die spätere Prüfung der §§ 242, 249 ist es ratsam, dass der Wegnahmezeitpunkt schon hier zeitlich genau fixiert wird; eine Argumentation dahingehend, dass »jedenfalls« mit Verlassen des Grundstücks die Wegnahme vollendet wäre, wäre deshalb problematisch, weil spätestens im Rahmen der §§ 249, 252 der genaue Wegnahmezeitpunkt benannt werden müsste.

<sup>29</sup> OLG Düsseldorf NJW 1990, 1492; OLG Köln NJW 1986, 392; Schönke/Schröder/Eser/Bosch StGB, 28. Aufl., § 242 Rn 38.

<sup>30</sup> Vgl. Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf BT, 2. Aufl., § 13 Rn 42; Eisele BT 2, 2. Aufl., Rn 42; Fischer StGB, 60. Aufl., § 242 Rn 20; Lackner/Kühl StGB, 27. Aufl., § 242 Rn 16; Rengier BT 1, 14. Aufl., § 2 Rn 25.

<sup>31</sup> OLG Köln NJW 1986, 2266; OLG Düsseldorf NJW 1990, 1492; LG Gera NJW 2000, 159, 160; Rengier BT 1, 14. Aufl., § 2 Rn 25; Welzel GA 1960, 257, 267. A.A. Schönke/Schröder/Eser StGB, 28. Aufl., § 242 Rn 40.

<sup>32</sup> BGHSt 16, 271, 274; 23, 254, 255; 26, 24, 25f; NJW 1981, 997; OLG Düsseldorf NJW 1990, 1492; OLG Köln NJW 1986, 392; Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf BT, 2. Aufl., § 13 Rn 42; Eisele BT 2, 2. Aufl., Rn 41f; Fischer StGB, 60. Aufl., § 242 Rn 20; SK-Hoyer StGB, § 242 Rn 33 (Stand: 47. Lfg, Februar 1999); NK-Kindhäuser StGB, Band 2, 3. Aufl., § 242 Rn 39; Lackner/Kühl StGB, 27. Aufl., § 242 Rn 16; Rengier BT 1, 14. Aufl., § 2 Rn 25; Schramm JuS 2008, 678, 681; LK-Vogel StGB, Band 8, 12. Aufl., § 242 Rn 96; Welzel GA 1960, 257, 268; ders. NJW 1961, 330.

Auch hat A den Gewahrsam des C gebrochen. Somit hat A mit dem Verbringen der Mini-Bohrmaschine in seinen Rucksack eine fremde, bewegliche Sache weggenommen.

## 2. Subjektiver Tatbestand

A handelte auch vorsätzlich.

Zudem handelte A mit Vorsatz bezüglich der dauerhaften Enteignung des C und Absicht bezüglich der (zumindest vorübergehenden) Selbstaneignung und daher mit Zueignungsabsicht hinsichtlich der Sachsubstanz<sup>33</sup>.

## 3. Rechtswidrigkeit der erstrebten Zueignung und diesbezüglicher Vorsatz

Da A keinen fälligen und einredefreien Anspruch auf die Mini-Bohrmaschine hatte, war die erstrebte Zueignung auch rechtswidrig<sup>34</sup>. Dies wusste A auch. Er handelte demnach mit diesbezüglichem Vorsatz.

## II. Rechtswidrigkeit und Schuld

A handelte auch rechtswidrig und schuldhaft.

## III. Strafzumessung, § 243 I 2 Nr. 1

Es könnte sich zudem um einen besonders schweren Fall des Diebstahls nach § 243 I handeln. Hier könnte A das Regelbeispiel des § 243 I 2 Nr. 1 verwirklicht haben<sup>35</sup>.

### 1. Gebäude

Hierfür müsste es sich bei dem Gartenschuppen um eine der geschützten Räumlichkeiten handeln. Der Gartenschuppen ist ein durch Wände und Dach begrenztes, mit dem Erdboden fest verbundenes Bauwerk, das den Eintritt von Menschen gestattet und Unbefugte abhalten soll und damit ein Gebäude<sup>36</sup>.

<sup>33</sup> Vgl. Eisele BT 2, 2. Aufl., Rn 64f; Rengier BT 1, 14. Aufl., § 2 Rn 40f.

<sup>34</sup> Vgl. Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf BT, 2. Aufl., § 13 Rn 122.

<sup>35</sup> Ganz wichtig ist, dass § 243 als Strafzumessungsvorschrift geprüft wird und nicht als eigenständiger Qualifikationstatbestand.

<sup>36</sup> Vgl. BGHSt 1, 158, 163; LK-Vogel StGB, Band 8, 12. Aufl., § 243 Rn 13.

## 2. Einbrechen

In dieses Gebäude könnte A eingebrochen sein. Hierunter versteht man das gewaltsame Öffnen einer den Zutritt verwehrenden Umschließung von Außen<sup>37</sup>. Dies setzt die Anwendung nicht unerheblicher körperlicher Kraft oder die Verletzung der Substanz der Umschließung voraus<sup>38</sup>. Hierbei soll das Aufdrücken eines unverriegelten Fensters einen »Grenzfall« darstellen<sup>39</sup>. Allerdings war hier das Fenster nur lose angelehnt und deswegen zum Öffnen keine Anwendung von nicht unerheblicher Kraft erforderlich. A ist somit nicht in den Schuppen eingebrochen.

## 3. Einsteigen

A könnte allerdings in den Schuppen eingestiegen sein. Hierzu müsste A

unter Überwindung von ein tatsächliches Hindernis bildenden Umschließungen auf einem nicht für den Zutritt bestimmten Weg in den Schuppen gelangt sein<sup>40</sup>.

Das Schuppenfenster, durch das sich A hindurchzwängen muss, ist nicht für den Zutritt in den Schuppen bestimmt. A ist folglich in den Schuppen eingestiegen.

## 4. Zur Ausführung der Tat

Dies geschah auch zur Ausführung der Tat<sup>41</sup>.

## 5. Vorsatz bzgl. der Merkmale des § 243 I 2 Nr. 1

Analog §§ 15, 16 I 1 müsste A hinsichtlich der Umstände, welche die tatbezogene Strafzumessungsregel des § 243 I 2 Nr. 1 ausmachen (quasi-) vorsätzlich gehandelt haben<sup>42</sup>. Dies ist der Fall.

## IV. Ergebnis

A hat sich somit gemäß §§ 242, 243 I 2 Nr. 1 des Diebstahls in einem besonders schweren Fall strafbar gemacht.

<sup>37</sup> Vgl. Schönke/Schröder/Eser/Bosch StGB, 28. Aufl., § 243 Rn 11.

<sup>38</sup> Fischer StGB, 60. Aufl., § 243 Rn 5.

<sup>39</sup> LK-Vogel StGB, Band 8, 12. Aufl., § 243 Rn 20.

<sup>40</sup> Vgl. Rengier BT 1, 14. Aufl., § 3 Rn 15.

<sup>41</sup> Vgl. hierzu Fischer StGB, 60. Aufl., § 243 Rn 11.

<sup>42</sup> Vgl. Schönke/Schröder/Eser/Bosch StGB, 28. Aufl., § 243 Rn 43; LK-Vogel StGB, Band 8, 12. Aufl., § 243 Rn 70.

## B. Strafbarkeit des A gemäß § 244 I Nr. 1, 3

Zudem könnte A sich gemäß § 244 I Nr. 1, 3 des Diebstahls mit Waffen und des Wohnungseinbruchdiebstahls strafbar gemacht haben.

### I. § 244 I Nr. 1

A könnte § 244 I Nr. 1a verwirklicht haben. Hierzu müsste er eine Waffe bei sich geführt haben.

#### 1. (Schuss-)Waffe

Unter den Begriff der Waffe fallen alle Gegenstände, die nach ihrer Beschaffenheit dazu bestimmt sind, als Angriffs- oder Verteidigungsmittel gegen Personen eingesetzt zu werden und dabei zur Herbeiführung erheblicher Verletzungen geeignet sind<sup>43</sup>. Erfasst sind unter anderem auch die Schusswaffen, d.h. solche Gegenstände, bei denen Geschosse durch einen Lauf nach vorne getrieben werden<sup>44</sup>. Ob es sich bei Gaspistolen um Schusswaffen handelt, obwohl kein festes mechanisches »Geschoss«, sondern eine Gasladung verschossen wird<sup>45</sup>, kann dahinstehen, da diese zumindest zu den Waffen zählen, soweit – wie hier – Gas nach vorne austritt<sup>46</sup>.

#### 2. Beisichführen

Diese Waffe müsste A bei sich geführt haben. Das heißt die Waffe müsste sich derart in seiner räumlichen Nähe befinden haben, dass er sich ihrer jederzeit, also ohne nennens-

<sup>43</sup> Eisele BT 2, 2. Aufl., Rn 173; Schönke/Schröder/Eser/Bosch StGB, 28. Aufl., § 244 Rn 3; Haft/Hilgendorf BT 1, 9. Aufl., 19.

<sup>44</sup> Rengier BT 1, 14. Aufl., § 4 Rn 8.

<sup>45</sup> Siehe hierzu Schönke/Schröder/Eser/Bosch StGB, 28. Aufl., § 244 Rn 3a; Lackner/Kühl StGB, 27. Aufl., § 244 Rn 3a; Mitsch BT 2, Teilband 1, 2. Aufl., § 1 Rn 234; LK-Vogel StGB, Band 8, 12. Aufl., § 244 Rn 25.

<sup>46</sup> Rengier BT 1, 14. Aufl., § 4 Rn 9. Vgl. BGH GA 1962, 145 f; NStZ 1981, 301; BGHSt 31, 105; NStZ 1989, 476; BGHSt 45, 92, 93; NStZ 2002, 31, 33; Eisele BT 2, 2. Aufl., Rn 175; Schönke/Schröder/Eser/Bosch StGB, 28. Aufl., § 244 Rn 3a; NK-Kindhäuser StGB, Band 2, 3. Aufl., § 244 Rn 6; A.A. OLG Düsseldorf NStZ 1991, 40, 41. Seit dem 6. Strafrechtsreformgesetz 1998 sind die Strafbarkeitsvoraussetzungen bezüglich des Beisichführens von Schusswaffen und sonstigen Waffen angeglichen (siehe Schönke/Schröder/Eser/Bosch StGB, 28. Aufl., § 244 Rn 1).

werten Zeitaufwand und ohne besondere Schwierigkeiten bedienen kann<sup>47</sup>. A hat demnach die Waffe auch bei sich geführt.

### 3. Vorsatz

Zudem handelte er diesbezüglich vorsätzlich, so dass § 244 I Nr. 1a verwirklicht worden ist.

## II. § 244 I Nr. 3

Zudem könnte sich A gemäß § 244 I Nr. 3 des Wohnungseinbruchsdiebstahls strafbar gemacht haben.

Grundsätzlich ist die Auslegung des Wohnungsbegriffs an dem des § 123 orientiert<sup>48</sup>. In dessen Rahmen wird hierunter der Inbegriff aller Räume verstanden, die einer oder mehreren Personen zur Unterkunft dienen oder zur Benutzung freistehen<sup>49</sup>. Aufgrund des Schutzzwecks (Eindringen in die Privatsphäre)<sup>50</sup> und der hohen Mindeststrafe wird man aber im Rahmen des § 244 I Nr. 3 eine einschränkende Auslegung des Wohnungsbegriffs vornehmen müssen, d.h. die Räumlichkeit wird den Mittelpunkt des privaten Lebens bilden müssen<sup>51</sup>. Hier handelte es sich lediglich um einen Gartenschuppen, der naturgemäß nicht selbst den Mittelpunkt des privaten Lebens zumindest einer Person darstellte und auch trotz der unmittelbaren Nähe nicht einmal eine direkte Verbindung zum Wohnhaus des C aufwies<sup>52</sup>. Eine Strafbarkeit des A gemäß § 244 I Nr. 3 scheidet damit aus.

<sup>47</sup> Vgl. *Rengier* BT 1, 14. Aufl, § 4 Rn 43.

<sup>48</sup> AG Saalfeld NSTZ-RR 2004, 141; *Haft/Hilgendorf* BT 1, 9. Aufl, 21; *Rengier* BT 1, 14. Aufl, § 4 Rn 84.

<sup>49</sup> RGSt 12, 132, 134; *Lackner/Kühl* StGB, 27. Aufl, § 123 Rn 3.

<sup>50</sup> BT-Drs 13/8587, 43; *Lackner/Kühl* StGB, 27. Aufl, § 244 Rn 11.

<sup>51</sup> OLG Schleswig NSTZ 2000, 479, 480; *Haft/Hilgendorf* BT 1, 9. Aufl, 21; *Lackner/Kühl* StGB, 27. Aufl, § 244 Rn 11; *Seier Kohlmann* FS, 295, 302; *Trüg* JA 2002, 191, 193; *Wessels/Hillenkamp* BT 2, 35. Aufl, § 4 Rn 290; ähnlich *Hellmich* NSTZ 2001, 511, 513 ff; *Krumme* Die Wohnung im Recht, 2004, 270, 314 ff; *Rengier* BT 1, 14. Aufl, § 4 Rn 84; anders *Maurach/Schröder/Maiwald* BT 1, 10. Aufl, § 33 Rn 124; *Schall* Schreiber FS, 423 ff; *LK-Vogel* StGB, Band 8, 12. Aufl, § 244 Rn 75. Für eine generell enge Auslegung des Wohnungsbegriffs, auch im Rahmen des § 123, *Behm* GA 2002, 153 ff; *Schall*, Die Schutzfunktionen der Strafbestimmung des Hausfriedensbruch, 1974, 90 ff, 131 ff, 136 f.

<sup>52</sup> Vgl. AG Saalfeld NSTZ-RR 2004, 141 f; *Lackner/Kühl* StGB, 27. Aufl, § 244 Rn 11; *Rengier* BT 1, 14. Aufl, § 4 Rn 85.

## III. Ergebnis

A hat sich somit im Ergebnis gemäß § 244 I Nr. 1a strafbar gemacht. Hierdurch wird § 242 im Wege der Gesetzeskonkurrenz (Spezialität) verdrängt<sup>53</sup>.

## C. § 123 I Alt. 1

A könnte sich zudem gemäß § 123 I Alt. 1 des Hausfriedensbruchs strafbar gemacht haben.

### I. Tatbestand

#### 1. Objektiver Tatbestand

Hier stellt sich die Frage, ob es sich bei dem Gartenschuppen um eine Wohnung im Sinne des § 123 I handelt. Hierunter fallen alle Räume, die einer oder mehreren Personen zur Unterkunft dienen oder zur Benutzung freistehen<sup>54</sup>.

Zu der »Wohnung« im Sinne des § 123 I zählen auch dieser funktional zugeordnete Räume wie Waschküchen und Kellerräume<sup>55</sup>.

Stellt man auf ein »Freistehen zur Benutzung« ab und ordnet den freistehenden Gartenschuppen damit auf der Grundlage eines sehr weit gehenden Verständnisses des Wohnungsbegriffs als »Wohnung« ein, wird man anders als im Rahmen des § 244 I Nr. 3 bei § 123 keine Einschränkung des Wohnungsbegriffes vornehmen müssen. Weder der Strafrahmen noch das geschützte Rechtsgut (Hausrecht<sup>56</sup>) legen hier eine gleich restriktive Auslegung nahe. Demzufolge wird man den Gartenschuppen als räumlich-funktional dem Wohnhaus des C zugeordnete Nebenräumlichkeit ansehen können, zumal er sich trotz der »freistehenden« Lage in unmittelbarer Nähe hierzu befand und auch selbst die wesentlichen Kriterien eines Raumes erfüllt<sup>57</sup>. Jedenfalls fällt der Gartenschuppen unter dem Ge-

<sup>53</sup> Vgl. *Rengier* AT, 4. Aufl, § 56 Rn 29.

<sup>54</sup> RGSt 12, 132, 134; *Lackner/Kühl* StGB, 27. Aufl, § 123 Rn 3.

<sup>55</sup> *Fischer* StGB, 60. Aufl, § 123 Rn 6.

<sup>56</sup> *Lackner/Kühl* StGB, 27. Aufl, § 123 Rn 1.

<sup>57</sup> Vgl. *Amelung* NJW 1986, 2079; *Satzger/Schmitt/Widmaier/Fahl* StGB, 1. Aufl, § 123 Rn 2; *Gössel/Dölling* BT 1, 2. Aufl, 409; *Hellmich* NSTZ 2001, 511, 513; *Lackner/Kühl* StGB, 27. Aufl, § 123 Rn 3; *Schönke/Schröder/Lenckner/Sternberg-Lieben* StGB, 28. Aufl, § 123 Rn 4; *Müller-Christmann* JuS 1987, 19, 21; *MünchKomm-StGB/Schäfer*, Band 3, 2. Aufl, § 123 Rn 12. Anders *Artkämper* Hausbesetzer, Hausbesitzer, Hausfriedensbruch, 1995, 189; *Behm* GA 2002, 153, 160 ff; *Heinrich* JR 1997, 89, 91; *Krumme* Die Wohnung im Recht, 2004, 251.

sichtspunkt des befriedeten Besitzums<sup>58</sup>, beziehungsweise der nach h.A. ebenfalls geschützten offenen Zubehörfläche<sup>59</sup> unter die durch § 123 geschützten Räumlichkeiten.

In diese Räumlichkeit könnte A eingedrungen sein (§ 123 I Alt. 1). Unter Eindringen wird das Betreten gegen den Willen des Berechtigten verstanden, was voraussetzt, dass der Täter zumindest mit einem Teil seines Körpers in den geschützten Ort gelangt ist<sup>60</sup>. A ist ohne die Erlaubnis des C in den Schuppen gelangt und somit eingedrungen.

## 2. Subjektiver Tatbestand

A handelte auch vorsätzlich.

## II. Rechtswidrigkeit und Schuld

Zudem handelte er rechtswidrig und schuldhaft.

## III. Ergebnis

Somit hat sich A des Hausfriedensbruchs gemäß § 123 I Alt. 1 strafbar gemacht. Gemäß § 123 II ist die Tat nur auf Antrag verfolgsbar<sup>61</sup>.

## D. §§ 223, 224 I Nr. 2, 4, 5

Zudem könnte sich A durch das Abfeuern der Gaspistole aus nächster Distanz auf C der gefährlichen Körperverletzung gemäß §§ 223, 224 I Nr. 2, 4, 5 strafbar gemacht haben.

<sup>58</sup> Vgl. *Rengier* BT 2, 13. Aufl., § 30 Rn 2. Für die Einordnung funktionaler Nebenräume als befriedetes Besitztum *Heinrich* JR 1997, 89, 91.

<sup>59</sup> Hierbei ist strittig, ob es sich bei dieser um ein »Gebäude« oder »befriedetes Besitztum« handelt, siehe *Rengier* BT 2, 13. Aufl., § 30 Rn 5.

<sup>60</sup> *Fischer* StGB, 60. Aufl., § 123 Rn 14f.

<sup>61</sup> In dieser Konstellation des Vorliegens eines vollendeten § 244 I Nr. 1 und gleichzeitigen Zurücktretens von § 242 i.V. mit § 243 I 2 Nr. 1 erlangt § 123 in jedem Falle selbständige Bedeutung (vgl. *Rengier* BT 1, 14. Aufl., § 3 Rn 35). Auf die bekannte Frage, ob § 123 durch § 243 als mitbestrafte Vortat konsumiert wird – was nach BGH, NJW 2002, 150 ff nicht der Fall ist, da Regelbeispiele keine Tatbestände konsumieren können – kommt es hier nicht an.

## I. Objektiver Tatbestand

### 1. Körperliche Misshandlung oder Gesundheitschädigung

In dem Abfeuern der Gaspistole aus nächster Nähe liegt eine üble, unangemessene Behandlung, die das körperliche Wohlbefinden nicht nur unerheblich beeinträchtigt, so dass A den C körperlich misshandelt hat<sup>62</sup>.

Fraglich ist, ob darüber hinaus C auch in seiner Gesundheit geschädigt wurde. Hierunter ist das Hervorrufen oder Steigern eines – nicht nur unerheblichen – pathologischen Zustandes zu verstehen<sup>63</sup>. Dem Sachverhalt lassen sich keine ausreichenden Anhaltspunkte hierfür entnehmen, so dass eine Gesundheitsschädigung im Zweifel abzulehnen ist<sup>64</sup>.

### 2. § 224 I Nr. 2 Var. 1

Die von A eingesetzte Gaspistole ist nach ihrer Anfertigung allgemein dazu bestimmt und geeignet, Menschen auf mechanischem oder chemischem Wege zu verletzen, so dass es sich bei ihr um eine Waffe im technischen Sinne und damit um eine solche nach § 224 I Nr. 2 Var. 1 handelt<sup>65</sup>. Auch wurde die körperliche Misshandlung des C »mittels« dieser Waffe begangen<sup>66</sup>.

### 3. § 224 I Nr. 3

A könnte die Tat auch mittels eines hinterlistigen Überfalls begangen haben.

Unter einem Überfall ist ein plötzlicher, unerwarteter Angriff auf einen Ahnungslosen zu verstehen<sup>67</sup>. C war auf den Angriff des A nicht vorbereitet, so dass es sich um einen Überfall handelt.

Dieser Überfall müsste allerdings auch hinterlistig gewesen sein. Dies setzt voraus, dass der Täter planmäßig, in einer seine wahren Absicht berechneten Weise vorgeht,

<sup>62</sup> Vgl. *NK-Paeffgen* StGB, Band 2, 3. Aufl., § 223 Rn 8.

<sup>63</sup> *Schönke/Schröder/Eser/Sternberg-Lieben* StGB, 28. Aufl., § 223 Rn 5.

<sup>64</sup> A. A. gut vertretbar.

<sup>65</sup> Vgl. *Schönke/Schröder/Stree/Sternberg-Lieben* StGB, 28. Aufl., § 224 Rn 4.

<sup>66</sup> Vgl. hierzu *Rengier* BT 2, 13. Aufl., § 14 Rn 41.

<sup>67</sup> *RGSt* 65, 65, 66; *Schönke/Schröder/Stree/Sternberg-Lieben* StGB, 28. Aufl., § 224 Rn 10.

um die Abwehr des unerwarteten Angriffs zu erschweren<sup>68</sup>, wofür ein Angriff von hinten oder das bloße Ausnutzen eines Überraschungsmomentes nicht ausreicht<sup>69</sup>. Hier hat A seine Verletzungsabsicht nicht planmäßig verdeckt. Sein Handeln beschränkt sich darauf, die Unwissenheit des C von seiner Anwesenheit spontan für einen Überraschungsangriff zu nutzen. § 224 I Nr. 3 wurde somit nicht verwirklicht.

#### 4. § 224 I Nr. 5

Zudem könnte A die Tat mittels einer lebensgefährlichen Behandlung begangen haben. Ausreichend ist nach herrschender Meinung, wenn die Tat mittels einer Begehungsweise begangen wird, die nach den Umständen des konkreten Falles objektiv generell geeignet ist, das Opfer in Lebensgefahr zu bringen, eine konkrete Lebensgefahr muss hiernach nicht eintreten<sup>70</sup>.

Für die Annahme einer solchen lebensgefährlichen Behandlung liegen keine ausreichenden Anhaltspunkte vor.

## II. Subjektiver Tatbestand

A handelte vorsätzlich.

## III. Rechtswidrigkeit und Schuld

A handelte auch rechtswidrig und schuldhaft.

## IV. Ergebnis

A hat sich somit gemäß §§ 223, 224 I Nr. 2 Var. 1 strafbar gemacht. § 224 I Nr. 2 verdrängt § 223 im Wege der Spezialität<sup>71</sup>.

## E. § 249 I

Zudem könnte sich A, indem er die Gaspistole auf C abfeuerte und die Mini-Bohrmaschine mitnahm, des Raubes gemäß § 249 strafbar gemacht haben.

## I. Gewalt

A könnte Gewalt gegen eine Person angewendet haben. Unter Gewalt ist der durch Anwendung von körperlicher Kraft verursachte körperlich wirkende Zwang zu verstehen, der dazu bestimmt ist, geleisteten oder erwarteten Widerstand zu überwinden<sup>72</sup>. Die Gewalt müsste zudem gegen eine Person gerichtet gewesen sein. Dies setzt voraus, dass die Gewalt zumindest mittelbar gegen den Körper des Opfers gerichtet sein muss<sup>73</sup>.

Hier war die Einwirkung auf die Person des C erheblich<sup>74</sup> und auch darauf gerichtet, dessen Widerstand zu verhindern, so dass A Gewalt angewendet hat.

## II. Wegnahme einer fremden, beweglichen Sache

Mit dem Verbringen der Mini-Bohrmaschine in seinen Rucksack hat A auch eine fremde, bewegliche Sache weggenommen.

<sup>68</sup> RGSt 65, 65, 66; BGH GA 1989, 132; StV 1989, 152; NStZ 2005, 40; NStZ-RR 2009, 77, 78; NK-Paeffgen StGB, Band 2, 3. Aufl., § 224 Rn 22; Schönke/Schröder/Stree/Sternberg-Lieben StGB, 28. Aufl., § 224 Rn 10.

<sup>69</sup> BGH NStZ 2004, 93; 2005, 40; 2005, 97; StrFo 2007, 341; NStZ-RR 2009, 77 f.; 2010, 46, 47; Fischer StGB, 60. Aufl., § 224 Rn 10.

<sup>70</sup> BGHSt 2, 160, 163; 36, 1, 9; NStZ-RR 1997, 67; NStZ 2004, 618; 2005, 156, 157; NStZ-RR 2005, 44; NStZ 2007, 34, 35; 2007, 339 f.; Fischer StGB, 60. Aufl., § 224 Rn 12; Gallas FS Heinitz, 171, 183; Hardtung JuS 2008, 960, 965; Hilgendorf ZStW 112 (2000), 811, 829; Lackner/Kühl StGB, 27. Aufl., § 224 Rn 8; LK-Lilie StGB, Band 6, 11. Aufl., § 224 Rn 3, 36. A. A. Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf BT, 2. Aufl., § 6 Rn 58; NK-Paeffgen StGB, Band 2, 3. Aufl., § 224 Rn 27 f.; Schröder JZ 1967, 522, 523 f.; Stree JURA 1980, 281, 291 ff.

<sup>71</sup> Siehe hierzu Rengier BT 2, 13. Aufl., § 21 Rn 1. Aus dem Sachverhalt ergeben sich keine ausreichenden Anhaltspunkte, die eine Prüfung von §§ 226, 227 – auch nicht in Form eines Versuchs – nahe legen.

<sup>72</sup> Eisele BT 2, 2. Aufl., Rn 306; Krey/Hellmann BT 1, 15. Aufl., § 3 Rn 260. Vgl. BGHSt 4, 210, 212; 23, 126, 127; NK-Kindhäuser StGB, Band 2, 3. Aufl., Rn 11 vor § 249; Otto JZ 1993, 559, 568. Einschränkend Blesius Raub-Gewalt, 2004, 102 ff.; ders. JURA 2004, 570, 574 f.; LK-Vogel StGB, Band 8, 12. Aufl., § 249 Rn 7.

<sup>73</sup> Rengier BT 1, 14. Aufl., § 7 Rn 8.

<sup>74</sup> Unbedeutende Beeinträchtigungen der körperlichen Integrität werden teilweise als unzureichend bezeichnet, BGHSt 7, 252, 254; LG Gera NJW 00, 159 f zu § 252 mit abl. Bespr. von Otto JK 01, StGB § 249/7; Lackner/Kühl StGB, 27. Aufl., § 249 Rn 2. BGHSt 16, 316, 318 verlangt eine »erhebliche Einwirkung«, so auch Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf BT, 2. Aufl., § 17 Rn 7.

### III. Finale Verknüpfung

Der subjektive Tatbestand des Raubes erfordert, dass zwischen der Gewaltanwendung und der Wegnahme der Mini-Bohrmaschine eine finale Verknüpfung besteht. Dies setzt voraus, dass die Gewalt nach der Vorstellung des Täters gerade als Mittel zur Ermöglichung der Wegnahme fungiert<sup>75</sup>. Hier war die Wegnahme bereits vor der Gewaltanwendung vollendet, so dass die Gewalt aus Sicht des A für die Wegnahme erforderlich sein konnte<sup>76</sup>.

### IV. Ergebnis

Somit ist A nicht gemäß § 249 strafbar.

## F. § 252

Jedoch könnte sich A gemäß § 252 strafbar gemacht haben.

### I. Tatbestand

#### 1. Vortat

Eine taugliche Vortat liegt in dem vollendeten Diebstahl.

#### 2. »Bei« einem Diebstahl

Die Gewalt wurde auch zwischen Vollendung und Beendigung des Diebstahls, somit »bei« einem Diebstahl angewendet<sup>77</sup>.

<sup>75</sup> Fischer StGB, 60. Aufl., § 249 Rn 6; Krey/Hellmann BT 1, 15. Aufl., § 3 Rn 268.

<sup>76</sup> Dies ist nach h.A. ausreichend, so BGHSt 4, 210, 211; 20, 32, 33; NSTz 1982, 380; 1993, 79; StV 1990, 159f; 378; Schönke/Schröder/Eser/Bosch StGB, 28. Aufl., § 249 Rn 7; Krey/Hellmann BT 1, 15. Aufl., § 3 Rn 268ff; Lackner/Kühl StGB, 27. Aufl., § 249 Rn 4; Mitsch BT 2, Teilband 1, 2. Aufl., § 3 Rn 38; Otto JZ 1993, 559, 568; Rengier BT 1, 14. Aufl., § 7 Rn 22; MünchKomm-StGB/Sander, Band 4, 2. Aufl., § 249 Rn 24ff; Schünemann JA 1980, 349, 351f; Wessels/Hillenkamp BT 2, 35. Aufl., § 7 Rn 344, 350. Nach a.A. muss die Gewalt für die Wegnahme kausal werden, dies verlangen Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf BT, 2. Aufl., § 17 Rn 11; Joecks StGB, 10. Aufl., § 249 Rn 24f; Schmidhäuser BT, 2. Aufl., Kap 8 Rn 50; Seelmann JuS 1986, 201, 203f.

<sup>77</sup> Vgl. BGHSt 9, 255, 256f; 28, 224, 225f, 229; NJW 1987, 2687; StV 1987, 196; OLG Köln NSTz 2005, 448f; Rengier BT 1, 14. Aufl., § 10 Rn 2, 4ff. A.A. Dreher MDR 1976, 529ff.

### 3. Auf frischer Tat betroffen

Fraglich ist allerdings, ob A auch auf frischer Tat betroffen wurde.

Das Merkmal der »frischen Tat« setzt einen engen räumlichen und zeitlichen Zusammenhang zu der Wegnahmebehandlung voraus<sup>78</sup>. Dieser besteht, da sich A noch am Tatort aufhielt und die Wegnahme erst unmittelbar vor dem Eintreffen des C vollendet wurde.

Als problematisch erweist sich allerdings, ob A auch »betroffen« wurde, denn C hatte den A nicht einmal wahrgenommen; vielmehr war A durch seinen Überraschungsangriff einem Bemerkwerden durch B zuvorgekommen. Eine Ansicht hält nun aber für ein »Betroffen« sein des Täters die sinnliche Wahrnehmung durch das Opfer des Nötigungsmittels für erforderlich<sup>79</sup>. Dem Merkmal würde bei einer extensiveren Auslegung jegliche Bedeutung genommen<sup>80</sup>. Einer weiteren Auslegung des Merkmals stünde zudem der Wortlaut und damit Art. 103 II GG entgegen<sup>81</sup>. Wäre dem zu folgen käme eine Bestrafung des A wegen räuberischen Diebstahls nicht in Betracht. Allerdings erfasst der Wortlaut »Betroffen« auch ein raum-zeitliches Zusammentreffen, ohne gegen Art. 103 II zu verstoßen<sup>82</sup>. Überdies ist nur bei einer solchen Interpretation

<sup>78</sup> MünchKomm-StGB/Sander, Band 4, 2. Aufl., § 252 Rn 12; NK-Kindhäuser StGB, Band 2, 3. Aufl., § 252 Rn 15f.

<sup>79</sup> Dehne-Niemann JURA 2008, 742, 743f; Dreher MDR 1976, 529; Geppert JURA 1990, 554, 556f; Krey ZStW 101 (1989), 838, 849; Küper BT, 8. Aufl., 100; ders. FS Krey, 2010, 313, 331ff; Lask Das Verbrechen des räuberischen Diebstahls (§ 252 StGB), 1999, 123ff; Mitsch BT 2, 2. Aufl., § 4 Rn 31f; MünchKomm-StGB/Sander, Band 4, 2. Aufl., § 252 Rn 9ff; Schnarr JR 1979, 314; Schwarzer ZJS 2008, 265, 267ff; LK-Vogel StGB, Band 8, 12. Aufl., § 252 Rn 25ff; Wessels/Hillenkamp BT 2, 35. Aufl., § 9 Rn 401. Noch enger Joecks StGB, 10. Aufl., § 252 Rn 5ff.

<sup>80</sup> Dreher MDR 1976, 529; Küper BT, 8. Aufl., 100; ders. FS Krey, 2010, 313, 331f; Mitsch, BT 2, Teilband 1, 2. Aufl., § 4 Rn 31; MünchKomm-StGB/Sander, Band 4, 2. Aufl., § 252 Rn 11; Schwarzer ZJS 2008, 265, 267f.

<sup>81</sup> Dehne-Niemann JURA 2008, 742, 744; Geppert JURA 1990, 554, 557; Joecks StGB, 10. Aufl., § 252 Rn 5f; Krey ZStW 101 (1989), 838, 849; Lask Das Verbrechen des räuberischen Diebstahls (§ 252 StGB), 1999, 124f; Schnarr JR 1979, 314; Schwarzer ZJS 2008, 265, 267ff; LK-Vogel StGB, Band 8, 12. Aufl., § 252 Rn 25ff; Wessels/Hillenkamp BT 2, 35. Aufl., § 9 Rn 401.

<sup>82</sup> Vgl. BGHSt 26, 95, 96f; OLG Köln NSTz 2005, 448, 449; Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf BT, 2. Aufl., 500f; Eisele BT 2, 2. Aufl., Rn 409; SK-Sinn StGB, § 252 Rn 13 (Stand: 120. Lfg, November 2009); LK-Herdeggen StGB, Band 6, 11. Aufl., § 252 Rn 12; NK-Kindhäuser StGB, Band 2, 3. Aufl., § 252 Rn 9; Küper BT, 8. Aufl., 100; Lackner/Kühl StGB, 27. Aufl., § 252 Rn 4; Geilen JURA 1980, 43; Duttge Handkommentar gesamtes Strafrecht, 2. Aufl., § 252 Rn 15; Maurach/Schröder/Maiwald BT 1, 10. Aufl., § 35 Rn 41; Perron GA 1989, 145, 163; Rengier BT 1, 14. Aufl., § 10 Rn 9; Schünemann JA 1989, 393, 398. Kritisch BGHSt 28, 224, 227f.

gewährleistet, dass der besonders gefährliche Täter, den das Opfer aufgrund raschen Gewalteinsetzes nicht einmal mehr wahrnehmen kann, erfasst wird, zumal § 252 dem Zweck dient, die Verteidigung des ungesicherten Gewahrsams mit Raubmitteln entgegenzuwirken<sup>83</sup>. Mit der Gegenansicht ist somit auch in dieser Situation ein »Betreffen« anzunehmen<sup>84</sup>.

#### 4. Gewalt

A hat in dieser Situation Gewalt gegen eine Person, den C, angewendet.

#### 5. Vorsatz

Desweiteren handelte A auch vorsätzlich.

#### 6. Beutesicherungsabsicht

A müsste zudem mit Beutesicherungsabsicht, also der Absicht, die aus Tätersicht gegenwärtige oder unmittelbare bevorstehende Gewahrsamsentziehung zu verhindern, gehandelt haben<sup>85</sup>. Hierfür ist *dolus directus* 1. Grades erforderlich<sup>86</sup>.

Hier wollte sich A gerade nicht um den »Lohn« seiner Anstrengungen bringen lassen. A hat zudem den Gewahrsam an der Mini-Bohrmaschine inne und weist darüber hinaus die für § 252 erforderliche modifizierte Zueignungs-

absicht auf, die die erforderliche Nähe des Tatbestandes zu § 249 herstellt<sup>87</sup>. Insbesondere dient der Einsatz von Gewalt nicht ausschließlich dazu, die Flucht zu ermöglichen<sup>88</sup>. A handelte demnach mit Beutesicherungsabsicht.

## II. Rechtswidrigkeit und Schuld

A handelte zudem auch rechtswidrig und schuldhaft.

## III. Ergebnis

Damit hat sich A gemäß § 252 strafbar gemacht.

## G. §§ 252, 250 I, II

Zudem kommt eine Strafbarkeit des A gemäß §§ 252, 250 I, II in Betracht<sup>89</sup>.

### I. §§ 252, 250 I Nr.1a, c

#### 1. Nr. 1a (Beisichführen einer Waffe)

A hat mit der Gaspistole eine Waffe beisichgeführt (§ 250 I Nr. 1a)<sup>90</sup>. Dies geschah auch vorsätzlich.

#### 2. Nr. 1c (Gefahr einer schweren Gesundheitsbeschädigung):

Zudem stellt sich die Frage, ob A mit dem C eine andere Person in die konkrete Gefahr einer schweren Gesundheitsschädigung gebracht hat<sup>91</sup>. Voraussetzung hierfür wäre, dass C in eine Situation gebracht worden wäre, in der er bereits unmittelbar der nicht mehr beherrschbaren Möglichkeit einer schweren Gesundheitsschädigung ausgesetzt wäre, so dass deren Eintritt oder Ausbleiben nur

<sup>83</sup> Vgl. *Eisele* BT 2, 2. Aufl, Rn 409; *Krey/Hellmann* BT 2, 16. Aufl, § 3 Rn 311; *Rengier* BT 1, 14. Aufl, § 10 Rn 9; *Schünemann* JA 1980, 393, 398.

<sup>84</sup> Vgl. BGHSt 26, 95, 96f; OLG Köln NStZ 2005, 448, 449; *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf* BT, 2. Aufl, 500f; *Duttge* Handkommentar gesamtes Strafrecht, 2. Aufl, § 252 Rn 15; *Eisele* BT 2, 2. Aufl, Rn 408f; *Schönke/Schröder/Eser/Bosch* StGB, 28. Aufl, § 252 Rn 4; *Geilen* JURA 1980, 43; *LK-Herdegen* StGB, Band 6, 11. Aufl, § 252 Rn 12; *Lackner/Kühl* StGB, 27. Aufl, § 252 Rn 4; *Maurach/Schröder/Maiwald* BT 1, 10. Aufl, § 35 Rn 41; *Otto* Grundkurs Strafrecht 2, 7. Aufl, § 46 Rn 55; *Rengier* BT 1, 14. Aufl, § 10 Rn 8f; *Schünemann* JA 1980, 393, 398; *SK-Sinn* StGB, § 252 Rn 13 (Stand: 120. Lfg, November 2009).

<sup>85</sup> Vgl. BGHSt 9, 162, 163f; 13, 64, 65; 28, 224, 231; StV 1987, 196; *Schönke/Schröder/Eser/Bosch* StGB, 28. Aufl, § 252 Rn 7; *Fischer* StGB, 60. Aufl, § 252 Rn 9; *Mitsch* BT 2, Teilband 1, 2. Aufl, § 4 Rn 52; *MünchKomm-StGB/Sander*, Band 4, 2. Aufl, § 252 Rn 15; *Wessels/Hillenkamp* BT 2, 35. Aufl, § 9 Rn 404. A.A., keine Beschränkung auf die gegenwärtige oder unmittelbar bevorstehende Gewahrsamsentziehung, *Lackner/Kühl* StGB, 27. Aufl, § 252 Rn 5 m. w. N.; *Rengier* BT 1, 14. Aufl, § 10 Rn 10.

<sup>86</sup> *Eisele* BT 2, 2. Aufl, Rn 411.

<sup>87</sup> Vgl. BGH StV 1987, 534f; *Rengier* BT 1, 14. Aufl, § 10 Rn 16f.

<sup>88</sup> Vgl. *MünchKomm-StGB/Sander*, Band 4, 2. Aufl, § 252 Rn 16; *LK-Vogel* StGB, Band 8, 12. Aufl, § 252 Rn 63.

<sup>89</sup> An diesem Punkt ist es wichtig zu erkennen, dass über die in § 252 enthaltene Formulierung »ist gleich einem Räuber zu bestrafen« auch die Raubqualifikationen der §§ 250, 251 herangezogen werden können.

<sup>90</sup> Vgl. oben und *Eisele* BT 2, 2. Aufl, Rn 348; *Wessels/Hillenkamp* BT 2, 35. Aufl, Rn 369ff.

<sup>91</sup> Vgl. *Lackner/Kühl* StGB, 27. Aufl, § 250 Rn 3.

noch vom Zufall abhänge<sup>92</sup>. Strittig ist hierbei, ob auch unterhalb der Schwelle des § 226 liegende Gefährfolgen von § 250 I Nr. 1 c erfasst werden<sup>93</sup>.

Auch wenn man dies annimmt, erscheinen die möglichen gesundheitlichen Beeinträchtigungen des C hierfür nicht ausreichend.

### 3. Ergebnis

Somit hat sich A allein gemäß §§ 252, 250 I Nr. 1 a strafbar gemacht.

## II. §§ 252, 250 II Nr. 1, Nr. 3a

Zudem könnte sich A gemäß §§ 252, 250 II Nr. 1, Nr. 3a strafbar gemacht haben.

### 1. Nr. 1

Er könnte mit der Gaspistole eine Waffe verwendet haben. Bei der geladenen Gaspistole handelt es sich um einen für Leib oder Leben objektiv gefährlichen Gegenstand und damit um eine Waffe im Sinne von § 250 II Nr. 1<sup>94</sup>. Die Waffe müsste zudem bei der Tat verwendet worden sein. Hierunter ist der zweckgerichtete Einsatz als Nötigungsmittel des Raubes, bzw. des räuberischen Diebstahls zu verstehen<sup>95</sup>. A hat die Gaspistole zur Sicherung des durch den Diebstahl erlangten Gewahrsams eingesetzt<sup>96</sup>, so dass er die Gaspistole auch verwendet hat.

<sup>92</sup> Vgl. Schönke/Schröder/Eser/Bosch StGB, 28. Aufl., § 250 Rn 21; MünchKomm-StGB/Sander, Band 4, 2. Aufl., § 250 Rn 49; LK-Vogel StGB, Band 8, 12. Aufl., § 250 Rn 19.

<sup>93</sup> Siehe hierzu Rengier BT 2, 13. Aufl., § 10 Rn 16a. Ebenso für eine Orientierung an dem Schweregrad der Folgen des § 226 Schönke/Schröder/Eser/Bosch StGB, 28. Aufl., § 250 Rn 21; MünchKomm-StGB/Sander, Band 4, 2. Aufl., § 250 Rn 48; Wessels/Hillenkamp BT 2, 35. Aufl., Rn 377. Für die Erfassung auch geringerer Verletzungsfolgen, soweit es sich um einschneidende oder nachhaltige Beeinträchtigungen der Gesundheit handelt BGH NJW 2002, 2043; Lackner/Kühl StGB, 27. Aufl., § 250 Rn 3; Schroth NJW 1998, 2861, 2865; LK-Vogel StGB, Band 8, 12. Aufl., § 250 Rn 20.

<sup>94</sup> Vgl. BGH NStZ 1999, 301, 302; LK-Vogel StGB, Band 8, 12. Aufl., § 250 Rn 30.

<sup>95</sup> Vgl. BGHSt 52, 376, 377 f; Rengier BT 1, 14. Aufl., § 8 Rn 15.

<sup>96</sup> Vgl. BGHSt 52, 376, 378.

### 2. Nr. 3a

Desweiteren könnte A den C bei der Tat körperlich schwer misshandelt haben.

Dies setzt allerdings einen Eingriff mit erheblichen Folgen für die Gesundheit des Opfers oder die Verursachung erheblicher Schmerzen des Opfers voraus<sup>97</sup>.

Ein solcher Schweregrad der Misshandlung des C wird eher zu verneinen sein<sup>98</sup>. Eine Strafbarkeit gemäß §§ 252, 250 II Nr. 3a scheidet somit aus.

### 3. Vorsatz

A handelte bezüglich der Verwendung der Waffe vorsätzlich.

## III. Ergebnis

A hat sich somit gemäß § 252, 250 II Nr. 1 strafbar gemacht. §§ 252, 250 I Nr. 1a tritt im Wege der Gesetzeskonkurrenz (Subsidiarität) zurück<sup>99</sup>.

## H. § 240 I

Zwar setzt A Gewalt in Form von vis absoluta zur Duldung der Wegnahme ein; der Nötigungstatbestand tritt jedoch gegenüber dem schweren räuberischen Diebstahl im Wege der Gesetzeskonkurrenz zurück<sup>100</sup>.

<sup>97</sup> BGH NStZ 1998, 461; NStZ-RR 2007, 175; Eisele BT 2, 2. Aufl., Rn 372; Rengier BT 1, 14. Aufl., § 8 Rn 25.

<sup>98</sup> Vgl. BGH NStZ 1998, 461 f.

<sup>99</sup> Vgl. Lackner/Kühl StGB, 27. Aufl., § 250 Rn 7. Da hier offensichtlich § 250 II Nr. 1 vorliegt, wäre es vertretbar, auf die zunächst erfolgende Prüfung des § 250 I Nr. 1 zu verzichten, da dieser ohnehin im Wege der Gesetzeskonkurrenz zurücktritt.

<sup>100</sup> Vgl. NK-Kindhäuser StGB, Band 2, 3. Aufl., § 252 Rn 28. Eine gesonderte Prüfung des § 240 mit Blick auf die Duldung der Wegnahme ist nicht zwingend erforderlich, da das Delikt ohnehin unter dem Gesichtspunkt der Gesetzeskonkurrenz zurücktreten würde; insoweit würde ein klarstellender Hinweis ausreichen. Eher könnte man eine Prüfung des § 240 unter dem Gesichtspunkt vertreten, dass A den C mit Gewalt in Form von vis absoluta am Betreten des Gartenschuppens hinderte (vgl. insoweit Marxen Kompaktkurs Strafrecht BT, 2004, 314 ff). Allerdings ist eine solche Umschreibung des Nötigungserfolges fast schon identisch mit der Duldung der Wegnahmebeendigung und hat insofern keine eigenständige Bedeutung mehr.

### 3. Teil: Gesamtergebnis und Konkurrenzen

§§ 242, 244 I Nr. 1a treten hinter §§ 252, 250 II Nr. 1 im Wege der Gesetzeskonkurrenz zurück<sup>101</sup>. §§ 223, 224 I Nr. 2 ist Teilakt der rechtlichen Handlungseinheit §§ 252, 250 II Nr. 1, wobei § 224 I Nr. 2 durch §§ 252, 250 II Nr. 1 konsumiert wird<sup>102</sup>. Dies gilt aber nicht für § 223, da anderenfalls aus dem Schuldspruch nicht ersichtlich wäre, dass tatsächlich ein Körperverletzungserfolg eingetreten ist<sup>103</sup>,

denn nicht jede Gewaltanwendung ist mit einer Körperverletzung verbunden (vgl. nur Einsperren des Opfers als vis absoluta)<sup>104</sup>. Insoweit besteht Tateinheit zwischen §§ 252, 250 II Nr. 1 und § 223. Der auf einem anderen Handlungsentschluss beruhende § 123 steht hierzu im Verhältnis der Tatmehrheit und tritt auch nicht als mitbestrafte Vortat hinter §§ 252, 250 II Nr. 1 zurück, da Hausfriedensbruch kein Straftatbestand ist, der üblicherweise einem schweren räuberischen Diebstahl vorangeht<sup>105</sup>. Der im ersten Teil begangene Diebstahl steht hierzu ebenfalls im Verhältnis der Tatmehrheit.

**101** Vgl. Schönke/Schröder/Eser/Bosch StGB, 28. Aufl., § 252 Rn 13; LK-Vogel StGB, Band 8, 12. Aufl., § 252 Rn 77.

**102** Vgl. Hohn JuS 2004, 982, 985.

**103** Vgl. Hohn JuS 2004, 982, 985; MünchKomm-StGB/Sander, Band 4, 2. Aufl., § 252 Rn 19.

**104** Vgl. bezogen auf den Raub auch Rengier BT 1, 14. Aufl., § 7 Rn 52.

**105** Vgl. hierzu Schönke/Schröder/Lenckner/Sternberg-Lieben StGB, 28. Aufl., § 123 Rn 36; Rengier AT, 4. Aufl., § 56 Rn 57 ff.