

Strafrecht – Besonderer Teil II

Gliederung

Einführung	1
1. Kapitel – Diebstahl und Unterschlagung	3
A. Diebstahl (§ 242)	3
I. Tatbestand.....	5
1. Objektiver Tatbestand	5
a. Tatobjekt: Fremde bewegliche Sache	5
aa. Begriff der Sache	5
bb. Beweglichkeit der Sache.....	8
cc. Fremdheit der Sache	8
dd. Unterscheidung Eigentum, Besitz, Gewahrsam	9
ee. Begriff der Herrenlosigkeit.....	12
b. Tathandlung: Wegnahme.....	13
aa. Begriff des Gewahrsams	14
bb. Sonderfälle des Gewahrsams	16
a.) Genereller Gewahrsamswille	16
b.) Gewahrsam durch mehrere Personen (Mitgewahrsam)	17
c.) Verwahrung	19
cc. Bruch fremden Gewahrsams.....	21
dd. Begründung neuen Gewahrsams	27
2. Subjektiver Tatbestand.....	30
a. Allgemeiner Tatbestandsvorsatz	30
b. Absicht, die Sache sich oder einem Dritten rechtswidrig zuzueignen	30
c. Rechtswidrigkeit der erstrebten Zueignung	43
II. Rechtswidrigkeit und III. Schuld.....	46
IV. Mittäterschaft und Beihilfe	46
V. Konkurrenzen	46
B. Besonders schwerer Fall des Diebstahls (§ 243).....	47
I. Regelbeispieltechnik des StGB.....	47
II. Rechtsnatur des § 243 als Strafzumessungsregel	49
III. Einzelne Regelbeispiele	52
1. Regelbeispiel des § 243 I S. 2 Nr. 1	52
2. Regelbeispiel des § 243 I S. 2 Nr. 2.....	55
3. Regelbeispiel des § 243 I S. 2 Nr. 3.....	57
4. Regelbeispiele des § 243 I S. 2 Nr. 4-7	57
IV. Teilnehmerstrafbarkeit und § 28.....	58

V. § 243 und „Versuch“	58
1. Diebstahl versucht – Regelbeispiel verwirklicht.....	59
2. Diebstahl verwirklicht - Regelbeispiel „versucht“	59
3. Diebstahl versucht - Regelbeispiel „versucht“	60
VI. Ausschluss durch § 243 II (Geringwertigkeit der Sache).....	61
VII. Strafverfolgungsvoraussetzungen	64
VIII. Konkurrenzen / Aufbauregeln.....	65
C. Diebstahl mit Waffen, Banden- und Wohnungseinbruchdiebstahl (§ 244) ..	68
I. Tatbestand.....	70
1. Objektiver Tatbestand	70
a. Diebstahl mit Waffen/anderen gefährlichen Werkzeugen, § 244 I Nr. 1a	70
aa. Begriff der Waffe i.S.v. § 244 I Nr. 1a Var. 1	70
bb. Anderes gefährliches Werkzeug i.S.v. § 244 I Nr. 1a Var. 2	73
cc. Tathandlung: Beisichführen.....	77
dd. Sonderproblem „Teiltrücktritt“ von der Qualifikation	79
ee. Sonderproblem „zum Waffentragen verpflichtete Personen“	80
b. Diebstahl mit sonstigen Werkzeugen und Mitteln, § 244 I Nr. 1b.....	81
c. Bandendiebstahl, §§ 244 I Nr. 2, 244a	85
aa. Problemaufriss	85
bb. Mindestmitgliederzahl und erforderliche Organisationsstruktur	86
cc. Unter Mitwirkung eines anderen Bandenmitglieds.....	88
dd. Strafbarkeit des Teilnehmers	91
ee. Schwere Bandendiebstahl, § 244a	92
d. Wohnungseinbruchdiebstahl, § 244 I Nr. 3	92
2. Subjektiver Tatbestand.....	94
II. Rechtswidrigkeit und III. Schuld.....	94
D. Unbefugter Gebrauch eines Fahrzeugs (§ 248 b).....	95
I. Tatbestand.....	95
II. Konkurrenzen	95
E. Unterschlagung (§ 246)	96
I. Tatbestand.....	98
1. Tatobjekt: Fremde bewegliche Sache	98
2. Tathandlung: (Dritt-)Zueignung	99
a. Manifestation des Zueignungswillens.....	99
aa. Zueignungswille	99
bb. Äußerlich erkennbarer Zueignungsakt	100
b. Rechtswidrigkeit der Zueignung.....	103
c. Erneute bzw. wiederholte Zueignung/Zueignung nach einer Zueignung.....	103

d. Gleichzeitige Zueignung und Subsidiaritätsanordnung	105
e. Qualifikation der veruntreuenden Unterschlagung (§ 246 II).....	107
3. Vorsatz	108
II. Rechtswidrigkeit und III. Schuld.....	108
IV. Haus- und Familienunterschlagung/Unterschlagung geringwertiger Sachen	108
V. Wahlfeststellung zwischen Diebstahl und Unterschlagung.....	108
2. Kapitel – Raub und raubähnliche Delikte.....	110
A. Raub (§ 249)	110
I. Tatbestand.....	112
1. Objektiver Tatbestand	112
a. Tatobjekt: Fremde bewegliche Sache	112
b. Tathandlung: Wegnahme unter Einsatz qualifizierter Nötigungsmittel	112
aa. Wegnahme	112
bb. Qualifizierte Nötigungsmittel.....	114
a.) Gewalt gegen eine Person.....	114
b.) Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben	117
cc. Gewalt oder Drohung als Mittel zur Wegnahme (finale Verknüpfung) ...	118
2. Subjektiver Tatbestand.....	123
II. Rechtswidrigkeit und III. Schuld.....	127
IV. Mittäterschaft und Teilnahme	127
1. Mittäterschaft und (Dritt-)Zueignungsabsicht	127
2. Sukzessive Mittäterschaft	127
3. Sukzessive Beihilfe	129
4. Abstiftung, Aufstiftung, Umstiftung und sonstige Tatplanänderung	130
V. Konkurrenzen	133
B. Schwerer Raub (§ 250)	134
I. Qualifikationstatbestand des § 250 I	135
1. Objektiver Tatbestand	135
a. Raub mit Waffen/anderen gefährlichen Werkzeugen, § 250 I Nr. 1a.....	135
aa. Begriff der Waffe i.S.v. § 250 I Nr. 1a Var. 1	136
bb. Anderes gefährliches Werkzeug i.S.v. § 250 I Nr. 1a Var. 2.....	138
cc. Tathandlung: Beisichführen.....	140
dd. „Teilrücktritt von der Qualifikation“.....	140
ee. „Berufswaffenträger“	140
b. Raub mit sonstigen Werkzeugen oder Mitteln, § 250 I Nr. 1b	141
c. Gesundheitsgefährdender Raub, § 250 I Nr. 1c	145
d. Bandenraub, § 250 I Nr. 2	146

2. Subjektiver Tatbestand.....	146
3. Typische Irrtumskonstellationen	146
II. Qualifikationstatbestand des § 250 II.....	146
1. Objektiver Tatbestand	146
a. Raub unter Verwendung einer Waffe oder eines anderen gefährlichen Werkzeugs, § 250 II Nr. 1.....	146
b. „Bandenraub“ unter Beisichführen von Waffen, § 250 II Nr. 2	152
c. Schwere körperliche Misshandlung, § 250 II Nr. 3a.....	152
d. Bringen des Opfers in die Gefahr des Todes, § 250 II Nr. 3b	152
2. Subjektiver Tatbestand.....	152
III. Minder schwerer Fall des Raubes.....	153
IV. Konkurrenzen	153
C. Raub mit Todesfolge (§ 251).....	154
I. Grundlagen und Struktur	154
I. Eintritt der schweren Folge <i>Tod eines anderen Menschen</i>	156
II. Tatbestandsspezifischer Gefahrzusammenhang zw. Raub und Tod.....	156
1. Realisierung der dem Grunddelikt anhaftenden spezifischen Gefahr	156
2. Zeitliche Grenzen des Gefahrzusammenhangs	157
III. Subjektive Beziehung zur schweren Folge: Leichtfertigkeit	159
IV. Versuch des § 251	159
1. Erfolgsqualifizierter Versuch	160
2. Versuchte Erfolgsqualifikation.....	161
3. Rücktritt vom erfolgsqualifizierten Versuch.....	165
V. Selbstschädigung des Opfers und Eingreifen Dritter in das Geschehen	166
VI. Beteiligung am Raub mit Todesfolge	166
VII. Konkurrenzen	167
D. Räuberischer Diebstahl (§ 252)	168
I. Tatbestand.....	169
1. Objektiver Tatbestand	169
a. Vortat: Diebstahl oder Raub.....	169
b. Auf frischer Tat betroffen.....	170
c. Verüben von Gewalt oder Anwendung von Drohungen mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben	171
2. Subjektiver Tatbestand.....	171
II. Rechtswidrigkeit und Schuld	172
III. Versuch des § 252	172
IV. Beteiligungsfälle.....	172
V. Konkurrenzen	173

E. Räuberischer Angriff auf Kraftfahrer (§ 316a)	175
I. Tatbestand.....	177
1. Objektiver Tatbestand.....	177
2. Subjektiver Tatbestand.....	183
II. Rechtswidrigkeit und III. Schuld.....	183
IV. Versuch und Rücktritt vom Versuch.....	183
V. Erfolgsqualifikation <i>Tod eines anderen Menschen</i>	183
VI. Minder schwerer Fall	183
VII. Konkurrenzen	184
3. Kapitel – Betrug und Untreue	188
A. Einführung in die Betrugstatbestände	188
I. Betrug (§ 263)	188
II. Computerbetrug (§ 263a)	189
III. Subventionsbetrug (§ 264)	189
IV. Kapitalanlagebetrug (§ 264a)	189
V. Versicherungsmissbrauch (§ 265).....	190
VI. Erschleichen von Leistungen (§ 265a).....	190
VII. Kreditbetrug (§ 265b)	192
VIII. Gebühren- und Abgabenüberhebung (§ 352 und § 353)	193
B. Betrug (§ 263)	193
I. Tatbestand.....	197
1. Objektiver Tatbestand.....	197
a. Täuschung über Tatsachen	197
aa. Täuschungs- und Tatsachenbegriff	197
bb. Arten der Täuschung	203
a.) Ausdrückliche Täuschung	204
b.) Konkludente Täuschung	204
c.) Täuschung durch Unterlassen	210
b. Irrtum	218
c. Vermögensverfügung.....	224
aa. Handeln, Dulden, Unterlassen	225
bb. Verfügungsbewusstsein (beim Sachbetrug)	225
cc. Unmittelbarkeit der Vermögensminderung als Kriterium für die Abgrenzung von Diebstahl und Sachbetrug.....	226
dd. „Dreiecksbetrug“ – Abgrenzung von Diebstahl in mittelbarer Täterschaft und Sachbetrug im Dreipersonenverhältnis.....	231
ee. Sog. Prozessbetrug als Sonderfall des Dreiecksbetrugs	233

ff. Vermögensminderung als „Verfügungserfolg“	235
a.) Vermögensschaden als Begriffselement der Vermögensverfügung	235
b.) Begriff des Vermögens	235
d. Vermögensschaden	242
aa. Begriff des Vermögensschadens.....	242
bb. Berechnung des Vermögensschadens/der Kompensation	243
a.) Objektive Komponente	243
aa.) Marktwert der Leistung.....	243
bb.) Konkrete Vermögensgefährdung als Schaden i.S.d. § 263	243
(a.) Eingehungsbetrug	244
(b.) Anstellungsbetrug als Sonderfall des Eingehungsbetrugs	245
(c.) Fehlende Bonität	247
(d.) Prozessbetrug	247
(e.) Gutgläubiger Erwerb vom Nichtberechtigten.....	247
b.) Individuelle Komponente.....	248
aa.) „Persönlicher Schadenseinschlag“	248
bb.) Bewusste Selbstschädigung (Spenden-, Bettel-, Schenkungsbetrug).....	250
cc. Sonstige Fallgruppen eines Vermögensschadens.....	251
a.) Erfüllungsbetrug	251
b.) Ausschreibungs- oder Submissionsbetrug.....	252
2. Subjektiver Tatbestand.....	253
a. Vorsatz und Absicht.....	253
b. Stoffgleichheit	253
c. Rechtswidrigkeit des erstrebten Vermögensvorteils	254
II. Rechtswidrigkeit und III. Schuld.....	255
IV. Besonders schwere Fälle des Betrugs (§ 263 III).....	255
1. § 263 III S. 2 Nr. 1	255
2. § 263 III S. 2 Nr. 2	256
3. § 263 III S. 2 Nr. 3	257
4. § 263 III S. 2 Nr. 4	257
5. § 263 III S. 2 Nr. 5	257
V. Tatbestandsqualifikation (§ 263 V).....	257
VI. Strafverfolgungsvoraussetzungen/-hindernisse	257
VII. Teilnahme und Konkurrenzen.....	258
C. Computerbetrug (§ 263a)	259
I. Tatbestand.....	261
1. Objektiver Tatbestand	261
a. Unrichtige Gestaltung des Programms (§ 263a I Var. 1).....	261

b. Verwendung unrichtiger oder unvollständiger Daten (§ 263a I Var. 2).....	262
c. Unbefugte Verwendung von Daten (§ 263a I Var. 3).....	263
d. Sonstige unbefugte Einwirkung auf den Ablauf (§ 263a I Var. 4).....	280
2. Subjektiver Tatbestand.....	283
II. Rechtswidrigkeit und III. Schuld.....	284
IV. Versuch (§ 263 II), Strafzumessungsregel (§ 263 III) und Qualifikation (§ 263 V)	
gem. § 263a II	284
V. Strafbare Vorbereitung (§ 263a III) und tätige Reue (§ 263a IV)	284
D. Missbrauch von Scheck- und Kreditkarten (§ 266b)	285
E. Übersicht über die Konstellationen des Code- u. Kreditkartenmissbrauchs... 290	
F. Ausspähen von Daten (§ 202 a)	291
G. Untreue (§ 266)	297
I. Objektiver Tatbestand	298
1. Missbrauchstatbestand (§ 266 I Var. 1).....	298
a. Täter: Der Treuepflichtige.....	298
b. Tatobjekt: Fremdes Vermögen	298
c. Befugnis, über fremdes Vermögen zu verfügen oder einen anderen	
zu verpflichten	299
d. Tathandlung: Missbrauch der eingeräumten Befugnis	300
e. Erfordernis einer Vermögensbetreuungspflicht?	301
2. Treubruchstatbestand (§ 266 I Var. 2).....	302
a. Vermögensbetreuungspflicht.....	302
b. Sog. Ganovenuntreue.....	304
c. Untreue durch Unterlassen?	305
3. Vermögensschaden als Taterfolg	306
II. Subjektiver Tatbestand.....	306
III. Rechtswidrigkeit und Schuld	306
IV. Täterschaft und Teilnahme.....	307
V. Strafzumessungsgesichtspunkte/Antragserfordernisse	307
VI. Konkurrenzen	307
4. Kapitel – Erpressung und räuberische Erpressung.....	308
I. Tatbestand.....	310
1. Objektiver Tatbestand	310
2. Subjektiver Tatbestand.....	314
II. Rechtswidrigkeit und III. Schuld.....	316

5. Kapitel – Geld- und Wertzeichenfälschung, §§ 146- 152.....	317
A. Geldfälschung (§ 146).....	317
I. Tatbestand des § 146 I.....	317
1. Objektiver Tatbestand des § 146 I Nr. 1	317
a. Tatobjekt	317
b. Tathandlungen	318
aa. Nachmachen	318
bb. Verfälschen.....	318
c. Vollendung	318
2. Subjektiver Tatbestand des § 146 I Nr. 1	319
3. Objektiver Tatbestand des § 146 I Nr. 2	320
4. Subjektiver Tatbestand des § 146 I Nr. 2	320
5. Inverkehrbringen nach § 146 I Nr. 3.....	320
II. Rechtswidrigkeit und III. Schuld.....	321
IV. Qualifikationstatbestand des § 146 II	321
V. Minder schwere Fälle, § 146 III	321
VI. Konkurrenzen	321
B. Inverkehrbringen von Falschgeld (§ 147).....	321
C. Abschlussfall zu §§ 146, 147	322
D. Wertzeichenfälschung (§ 148).....	323
E. Schutz des bargeldlosen Zahlungsverkehrs (§ 152a und b)	323
6. Kapitel – Hehlerei	325
I. Tatbestand.....	326
1. Objektiver Tatbestand	326
a. Tatobjekt	326
b. Vortat: Gegen fremdes Vermögen gerichtete rechtswidrige Vortat eines anderen	327
aa. Vortat.....	327
bb. Vortäter.....	328
cc. Das Merkmal „erlangt“	328
dd. Das Merkmal „durch“; Abgrenzung zur Ersatzhehlerei.....	329
c. Tathandlungen: Ankaufen, Sichverschaffen, Absetzen, Absetznhelfen	332
aa. Ankaufen oder sonst einem Dritten oder sich verschaffen.....	332
bb. Absetzen	333
cc. Absatzhilfe	334
2. Subjektiver Tatbestand.....	335
II. Rechtswidrigkeit und III. Schuld.....	336

IV. Strafantrag.....	336
V. Täterschaft und Teilnahme.....	336
VI. Konkurrenzen	337
VII. Qualifikationen, §§ 260, 260a.....	337
1. Gewerbsmäßige Hehlerei, Bandenhehlerei gem. § 260.....	337
a. § 260 I Nr. 1 – Gewerbsmäßige Hehlerei	337
b. § 260 I Nr. 2 – Bandenhehlerei	337
2. Gewerbsmäßige Bandenhehlerei, § 260a	337
7. Kapitel – Geldwäsche (§ 261)	338
I. Tatbestand.....	339
1. Objektiver Tatbestand	339
2. Subjektiver Tatbestand.....	341
3. Tatbestandseinschränkungen.....	342
a. Sozial- und berufsadäquate Verhaltensweisen	342
b. Verdeckte Ermittlungen	344
II. Rechtswidrigkeit und III. Schuld.....	344
IV. Strafzumessungsregelung gem. § 261 IV.....	344
V. Tätige Reue gem. § 261 IX S. 1	344
VI. Konkurrenzverhältnis zur Hehlerei.....	344
8. Kapitel – Sachbeschädigung und Veränderung des Erscheinungsbildes	346
I. Tatbestand.....	347
1. Objektiver Tatbestand	347
a. Tatobjekt <i>Fremde Sache</i>	347
b. Tathandlung des § 303 I.....	348
aa. Zerstören (§ 303 I Var. 2)	348
bb. Beschädigung (§ 303 I Var. 1)	349
a.) Substanzverletzung	349
b.) Brauchbarkeitsminderung.....	349
c. Verunstalten als Sachbeschädigung i.S.v. § 303 II n.F.....	350
aa. Substanzverletzung.....	350
bb. Verändern des Erscheinungsbildes.....	351
d. Abgrenzung zur Sach- und Nutzungsentziehung	353
e. Beschädigen einer bereits beschädigten Sache.....	355
f. Sachbeschädigung durch Unterlassen	355
2. Subjektiver Tatbestand.....	355

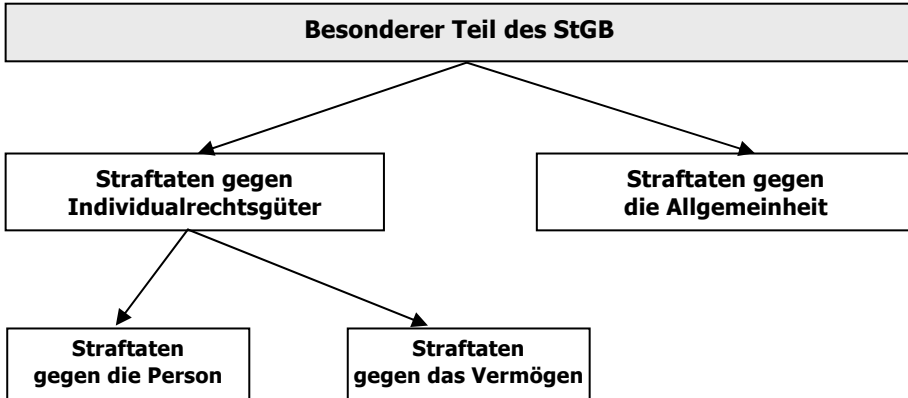
II. Rechtswidrigkeit	355
III. Schuld	356
IV. Strafantrag, § 303c	356
V. Konkurrenzen	356
VI. Abschlussfall zu § 303 I	356
9. Kapitel – Sonstige Straftaten gegen das Vermögen.....	358
A. Pfandkehr (§ 289)	358
I. Tatbestand	358
1. Objektiver Tatbestand	358
2. Subjektiver Tatbestand	361
II. Rechtswidrigkeit und III. Schuld	361
IV. Strafantrag gem. § 289 III	361
B. Vollstreckungsvereitelung (§ 288)	362
I. Tatbestand	363
1. Objektiver Tatbestand	363
a. Tatsituation: Eine dem Täter drohende Zwangsvollstreckung	363
b. Tatobjekt: Bestandteile seines Vermögens	365
c. Tathandlungen: Veräußern und Beiseiteschaffen	366
aa. Veräußern – die „rechtliche“ Vereitelung	366
bb. Beiseiteschaffen – die „tatsächliche“ Vereitelung	366
2. Subjektiver Tatbestand	367
II. Rechtswidrigkeit und III. Schuld	367
IV. Strafantrag, § 288 II	367
V. Konkurrenzen	367
C. Jagdwilderei (§ 292)	368
I. Tatbestand	369
1. Objektiver Tatbestand	369
a. Dem Wild nachstellen, es fangen, erlegen oder zueignen, § 292 I Nr. 1	369
aa. Tatobjekt: Herrenloses lebendes Wild	369
bb. Tathandlungen: Nachstellen, Fangen, Erlegen oder Zueignen	370
b. Zueignen, Beschädigen oder Zerstören einer Sache, die dem Jagdrecht unterliegt, § 292 I Nr. 2	371
c. Verletzung fremden Jagdrechts oder Jagdausübungsrechts	371
2. Subjektiver Tatbestand	372
II. Rechtswidrigkeit und III. Schuld	372
IV. Strafzumessungsgesichtspunkte, § 292 II	372
V. Strafantrag gem. § 294	373

VI. Konkurrenzen	373
D. Fischwilderei (§ 293).....	374

Einführung

Die strafbarkeitsbegündenden Bestimmungen des StGB sind in den 30 Abschnitten der §§ 80 ff. bis 358 enthalten und werden als *Besonderer Teil* bezeichnet. Allerdings lässt sich dem gesetzlichen Aufbau kein klares Ordnungsprinzip entnehmen. Daher hat sich allgemein ein Ordnungsprinzip durchgesetzt, das sich an den geschützten Rechtsgütern orientiert. Dementsprechend werden zunächst Straftaten, die gegen Individualrechtsgüter gerichtet sind, von solchen, die Rechtsgüter der Allgemeinheit betreffen, unterschieden. Die Individualdelikte wiederum unterteilen sich in Straftaten gegen die Person und gegen das Vermögen.

1



Während die Straftaten gegen die Person und die Allgemeinheit bei *Schmidt/Priebe*, BT I, behandelt werden, sind Gegenstand der vorliegenden Bearbeitung die Straftaten gegen das Vermögen (sog. Vermögensdelikte). Diese wiederum lassen sich in Straftaten gegen das Eigentum und einzelne Vermögensgüter auf der einen Seite und Straftaten gegen das Vermögen als Ganzes auf der anderen Seite unterteilen. Man spricht insoweit auch von Vermögensdelikten im weiteren und engeren Sinne.

1a

Die Straftaten gegen das Eigentum und einzelne Vermögenswerte kennzeichnen sich dadurch, dass das Vermögen nicht als Ganzes, sondern nur in seinen einzelnen Erscheinungsformen (als Gebrauchsrecht, Aneignungsrecht oder dergleichen) und unabhängig davon Schutz genießt, ob es zu einem Vermögensschaden kommt. Demgegenüber bezieht das Gesetz bei den typischen Vermögensdelikten im engeren Sinn das Vermögen als Ganzes mit all seinen wirtschaftlich fassbaren Werten (z.B. Forderungen, Besitz, Anwartschaften) in den Schutzbereich ein. Allerdings besteht ein Schutz nur dann, wenn das Vermögen des Opfers per Saldo einen wirtschaftlichen Schaden (Vermögensschaden) erleidet.

1b

1. Kapitel – Diebstahl und Unterschlagung

A. Diebstahl (§ 242)

Im Bereich der Vermögensdelikte bildet (neben dem Betrug) der Diebstahl den zentralen Tatbestand. **Geschützte Rechtsgüter** sind – da der Diebstahl eine Eigentumsverletzung *durch Wegnahme* der Sache zwecks Anmaßung einer eigentümerähnlichen Position darstellt (*se ut dominum gerere*¹) – nach h.M.² das **Eigentum** und der **Gewahrsam**. Diese doppelte Schutzrichtung ist nicht nur akademischer Natur, sondern hat zur Folge, dass auch der (bloße) Gewahrsamsinhaber unabhängig von der Rechtmäßigkeit des Sachgewahrsams (z.B. der Dieb) bestohlen werden kann.³ Daneben spielt die Antragsbefugnis (§§ 247, 248a) eine Rolle.

Objektiv setzt der Diebstahlstatbestand die Wegnahme einer fremden beweglichen Sache voraus, wobei regelmäßig das Merkmal „Wegnahme“ problematisch ist. Für die Verwirklichung des subjektiven Tatbestands ist Vorsatz bezüglich aller objektiven Tatbestandsmerkmale erforderlich. Darüber hinaus muss der Täter die *Absicht* haben, sich oder einem Dritten die Sache rechtswidrig zuzueignen (sog. Zueignungsabsicht). Die Zueignung selbst braucht dabei nicht vollzogen zu sein. Es genügt die bloße Intention. Auch die Zueignungsabsicht kann problematisch werden.

Hinweis für die Fallbearbeitung: In der gutachterlichen Prüfung ist der Diebstahl regelmäßig vom Raub, von der Unterschlagung, dem Betrug, der Sachentziehung, der Sachbeschädigung und der Gebrauchsanmaßung abzugrenzen:

- ⇒ Erfolgt die Wegnahme mit Gewalt, ist i.d.R. der **Raub** (§ 249) einschlägig.
- ⇒ Scheitert die Verwirklichung des Tatbestands an der Wegnahme, ist **Unterschlagung** (§ 246) zu prüfen.
- ⇒ Erfolgt der Gewahrsamsübergang nicht durch eine Wegnahme, sondern (täuschungsbedingt) durch eine Weggabe, ist **Betrug** (§ 263) zu prüfen.
- ⇒ War die weggenommene Sache für den Täter nicht fremd, kommt regelmäßig **Pfandkehr** (§ 289) in Betracht.
- ⇒ Scheitert der Diebstahl an der Zueignungsabsicht, kommen **Gebrauchsanmaßung** (die nur im Fall des § 248b strafbar ist) oder **Sachbeschädigung** (§ 303 I) in Betracht.

In systematischer Hinsicht normiert **§ 242 den Grundtatbestand des Diebstahls**. Die (in der Fallbearbeitung nach Bejahung des § 242 zu prüfende) *Strafzumessungsvorschrift* des § 243 I nennt einige Regelbeispiele für die Annahme eines besonders schweren Falls des Diebstahls. Darüber hinaus existieren einige unselbstständige und selbstständige Abwandlungen:

- ⇒ *Unselbstständige Abwandlungen* sind § 244 (Diebstahl mit Waffen, Bandendiebstahl, Wohnungseinbruchdiebstahl), § 244a (Schwerer Bandendiebstahl), § 247 (Haus- und Familiendiebstahl) und § 248a (Diebstahl von geringwertigen Sachen). Die ersten beiden Tatbestände stellen zugleich Qualifikationen zu § 242 dar. Privilegierungen bilden § 247 und § 248a. Beide Privilegierungen gelten auch für § 246.
- ⇒ *Selbstständige Abwandlungen* sind in § 248b (Unbefugter Gebrauch eines Fahrzeugs) und § 248c (Entziehung elektrischer Energie) normiert.

¹ Lateinisch: Sich als Eigentümer gerieren.

² BGHSt 29, 319, 323; BGH NJW 2001, 1508; SK-Hoyer, vor § 242 Rn 12; Lackner/Kühl, § 242 Rn 1.

³ Nach der Gegenmeinung (Sch-Sch-Eser, § 242 Rn 2) wird in einem solchen Fall das Rechtsgut Eigentum erneut verletzt, wodurch sich an der Strafbarkeit des Täters aber nichts ändert.

4 Es empfiehlt sich folgender Tatbestandsaufbau:

Diebstahl (§ 242)

1. Objektiver Tatbestand: Wegnahme einer fremden beweglichen Sache

⇒ **Sachen** i.S.d. § 242 sind alle **körperlichen Gegenstände** i.S.d. § 90 BGB, und zwar unabhängig von deren Aggregatzustand, solange sie von der Außenwelt abgrenzbar sind. Bei Zueignung unkörperlicher Objekte greifen Spezialtatbestände wie §§ 248c, 265a StGB, § 106 UrhG.

⇒ **Beweglich** sind alle Sachen, die tatsächlich fortbewegt werden können. Unter gewissen Abweichungen vom Zivilrecht (vgl. §§ 94, 95 BGB) gelten auch solche Sachen als beweglich, die zum Zwecke der Wegnahme erst beweglich gemacht werden müssen.

⇒ **Fremd** sind die Sachen, wenn sie weder im Alleineigentum des Täters stehen noch herrenlos sind. Die Frage nach dem *Alleineigentum* beantwortet sich ausschließlich nach den Vorschriften des *Bürgerlichen Rechts* über den Erwerb und den Verlust von Eigentum. Nicht im Alleineigentum stehen daher Sachen bei Mit- oder Gesamthandseigentum oder bei Vorbehalts- und Sicherungseigentum. Bei Ansichtnahme eigener Sachen greift der untaugliche Versuch, ggf. auch § 289. Bei Leichenteilen oder Implantaten, die Leichen entnommen werden, greift grundsätzlich § 168. *Herrenlos* sind die Sachen, die in niemandes Eigentum stehen oder stehen können (etwa freie Luft, fließendes Wasser, aber auch in Freiheit befindliche oder wieder dort hin gelangte Tiere, vgl. dazu auch §§ 960, 961 BGB); diese können nicht Diebstahlsobjekt, wohl aber Tatobjekt der Jagd- bzw. Fischwilderei nach §§ 292, 293 sein. Etwas anderes gilt freilich für Tiere in Wildgehegen („Tiergärten“) oder für Fische in privaten Gewässern („Fischteiche“). Diese können taugliche Diebstahlsobjekte sein. Auch entlaufene Haustiere werden noch nicht allein durch das Entlaufen herrenlos (wohl aber gewahrsamslos). Darüber hinaus sind Sachen herrenlos, an denen der Eigentümer in der Absicht des Eigentumsverzichts den Besitz aufgegeben hat (sog. *Dereliktion*, vgl. § 959 BGB).

⇒ **Wegnahme** bedeutet Bruch fremden und Begründung neuen, nicht notwendigerweise eigenen Gewahrsams. **Gewahrsam** ist die von einem natürlichen Herrschaftswillen getragene tatsächliche (auch gelockerte) Sachherrschaft eines Menschen über eine Sache bzw. die sozial-normative Zuordnung einer Sache zur Gewahrsamssphäre eines Menschen. Fremder Gewahrsam wird **gebrochen**, wenn er ohne oder gegen den Willen des Gewahrsamsinhabers aufgehoben wird. Bei Mitgewahrsam ist Wegnahme nur gegenüber einem gleichrangigen oder übergeordneten Gewahrsamsinhaber möglich. Anderenfalls ist § 246 zu prüfen. Liegt ein **Einverständnis** vor, ist das Merkmal der Wegnahme nicht erfüllt (Beispiel: Diebesfalle). Hier ist entweder §§ 242, 22 oder § 246 zu prüfen. Gewahrsam wird **begründet**, wenn der Täter die tatsächliche Sachherrschaft derart erlangt hat, dass ihrer Ausübung keine weiteren Hindernisse mehr entgegenstehen. Wird Gewahrsam erschlichen, entfällt § 242. Möglich sind aber §§ 263, 263a, 265a.

2. Subjektiver Tatbestand

⇒ **Vorsatz** bezüglich aller objektiven Tatbestandsmerkmale (*dolus eventualis* genügt) und

⇒ **Absicht**, die Sache sich oder einem Dritten rechtswidrig zuzueignen: *Zueignungsabsicht* liegt vor, wenn der Täter die Sache wegnimmt, um sie unter Anmaßung einer eigentümerähnlichen Stellung zumindest *vorübergehend* der eigenen Vermögenssphäre einzuverleiben (**Aneignungsabsicht**) und um sie der Verfügungsgewalt zu übergeben.

walt des Berechtigten dauerhaft zu entziehen (**Enteignungsvorsatz**). Dabei ist bezüglich der auch nur *vorübergehenden* Aneignung *dolus directus* 1. Grades erforderlich, während für die Enteignung (wegen ihrer Dauerhaftigkeit) bereits *dolus eventualis* genügt. Jede der Komponenten kann problematisch werden. So ist die *Enteignung* von der grundsätzlich straflosen Gebrauchsanmaßung abzugrenzen, die *Aneignung* von der bloßen Sachentziehung, der Sachbeschädigung und von der Eigenmacht. Zuletzt muss die beabsichtigte Zueignung rechtswidrig sein. Das ist sie immer dann, wenn der Täter keinen fälligen, einredefreien Anspruch auf gerade die weggenommene Sache hat. Bei *Speziesschuld* (Stückschuld) ist ein solcher Anspruch ohne weiteres denkbar, bei *Gattungsschuld* liegt das Aussonderungsrecht beim Schuldner (§ 243 BGB). Ein Sonderproblem besteht hinsichtlich Geldschulden.

I. Tatbestand

1. Objektiver Tatbestand

Der objektive Tatbestand des Diebstahls besteht in der Wegnahme einer (für den Täter) fremden beweglichen Sache. 5

a. Tatobjekt: Fremde bewegliche Sache

aa. Begriff der Sache

Sachen i.S.d. § 242 sind alle **körperlichen Gegenstände** i.S.d. § 90 BGB, und zwar unabhängig von deren Aggregatzustand, solange sie von der Außenwelt (räumlich) abgrenzbar sind.⁴ 6

⇒ Fehlt es an der **räumlichen Abgrenzbarkeit** des Objekts (Wasser, Luft etc.), scheidet unabhängig von der Frage, ob bereits die Sacheigenschaft⁵ oder erst die Eigentumsfähigkeit⁶ zu verneinen sind, Diebstahl im Ergebnis unstreitig aus. 7

⇒ Da sich die Tauglichkeit des Tatobjekts auf *körperliche* Gegenstände beschränkt, fallen konsequenterweise **Daten, Forderungen** und andere **Rechte** aus dem Schutzbereich heraus (insofern ist es juristisch inkorrekt, von „Raubkopie“ oder „Softwarediebstahl“ zu sprechen). Ein körperlicher Gegenstand und damit tauglicher Diebstahlsgegenstand ist aber das **Medium**, mit dem die Daten oder die Rechte verkörpert werden (etwa das Papier, auf dem die Forderung oder das sonstige Recht verbrieft sind, die Maestro-Karte, mit deren Hilfe Geld vom Geldautomaten entnommen werden kann, oder die CD bzw. DVD, auf das Computerprogramm gespeicherte, welches das Ergebnis einer geistigen Leistung darstellt). Jedoch ist in einem solchen Fall stets die Geringwertigkeitsklausel des § 248a zu beachten, wobei sich der Wert der Sache auf das Medium, nicht etwa auf den dokumentierten Wert bezieht. Zu verneinen ist die Körperlichkeit des Tatobjekts auch hinsichtlich **elektrischer Energie**. Deren Verlust ist von § 248c geschützt. § 242 ist aber auch hier einschlägig, sofern es um den Gewahrsamsverlust des Speichermediums (etwa Batterie) geht. 8

⇒ Unstreitig ist der lebende **menschliche Körper** *keine* Sache. Denn die verfassungsrechtlich garantierte Menschenwürde (Art. 1 I GG) verbietet es, den lebenden Menschen zu einem bloßen (Diebstahls-)Objekt „herabzustufen“. Das gilt auch hinsichtlich des noch **ungeborenen Menschen** (*nasciturus*)⁷ und des außerhalb des Mutterleibs befindlichen **Embryos**. Ein besonderes Problem bereitet aber die Frage, ob abge- 9

⁴ Lackner/Kühl, § 242 Rn 1; Sch/Sch-Eser, § 242 Rn 9; Tröndle/Fischer, § 242 Rn 3.

⁵ So LK-Ruß, § 242 Rn 1.

⁶ So Sch/Sch-Eser, § 242 Rn 9.

⁷ BVerfGE 88, 203, 252; R. Schmidt; Grundrechte, 8. Aufl. 2006, Rn 228 ff.

Wenn aber (wie vorliegend) der Körper verstirbt und dadurch zur Sache wird, werden konsequenterweise auch Körperimplantate (wieder) zur Sache. Fraglich ist jedoch die Fremdheit. Im Prinzip gilt hier das Gleiche wie für die oben dargestellten Blutkonserven: Die Leiche des O unterliegt der Pietätsbindung, ist somit eigentumsunfähig. Daher sind auch die mit dem verstorbenen Körper des O nach wie vor in funktionaler Einheit stehenden Implantate herrenlos.¹⁷ Eine Strafbarkeit des Dr. A aus § 242 muss daher auch hinsichtlich des künstlichen Hüftgelenks ausscheiden.

4. Störung der Totenruhe in Bezug auf das künstliche Hüftgelenk?

Eine Strafbarkeit des Dr. A aus § 168 I in Bezug auf das künstliche Hüftgelenk scheidet jedenfalls nicht daran, dass O zum Tatzeitpunkt schon tot war. Versteht man die Vorschrift des § 168 aber so, dass sie sich nur auf *natürliche* Körperteile bezieht¹⁸, scheidet letztlich die Strafbarkeit des Dr. A daran, dass es sich bei dem Hüftgelenk um ein künstliches gehandelt hat.

- 11 ⇒ Auch **Tiere** gehören im Ergebnis unstreitig nach wie vor zu den Sachen im strafrechtlichen Sinn. Daran hat sich auch durch die abweichende zivilrechtliche Bestimmung des § 90a S. 1 BGB mit der aus strafrechtlicher Sicht problematischen Analogie in § 90a S. 3 nichts geändert. Anderenfalls würden Tiere aus dem Schutzbereich des § 242 herausfallen, was mit der *ratio legis* im Widerspruch stünde.¹⁹

bb. Beweglichkeit der Sache

- 12 **Beweglich** sind alle Sachen, die tatsächlich fortbewegt werden können. Unter gewissen Abweichungen vom Zivilrecht (vgl. §§ 94, 95 BGB) gelten auch solche Sachen als beweglich, die zum Zwecke der Wegnahme erst beweglich gemacht werden müssen.²⁰

Beispiele: ausgebrochene Goldzähne; das im obigen Beispiel genannte künstliche Hüftgelenk; Latten von Lattenzäunen; Feldfrüchte (Rüben, Getreide, Beeren u.ä.), die mit dem Boden fest verbunden sind; Gras, das von fremden Schafen oder Kühen abgefressen wird; Bestandteile von Gebäuden wie Fenster, Türen, etc. Zu beachten ist, dass durch das Ablösen dieser Sachen regelmäßig auch Tateinheitlich der Tatbestand der Sachbeschädigung (§ 303) erfüllt ist.

cc. Fremdheit der Sache

- 13 **Fremd** sind die Sachen, wenn sie nicht im *Alleineigentum* des Täters stehen und nicht *herrenlos* sind.²¹
- 14 Die Frage nach dem **(Allein-)Eigentum** beantwortet sich nach den **sachenrechtlichen** Vorschriften des **Bürgerlichen Rechts** über den Erwerb und den Verlust von Eigentum.²² Daraus folgt: Ist nach Bürgerlichem Recht die Eigentumslage unstreitig und befindet sich die Sache nicht im Alleineigentum des Täters, genügt i.d.R. *diese* Feststellung. Ist umgekehrt die zivilrechtliche Eigentumslage unklar, bedarf es auch im Strafrecht einer entsprechenden Prüfung der sachenrechtlichen Zuordnung.

¹⁷ Vgl. SK-Hoyer, § 242 Rn 5; LK-Ruß, § 242 Rn 4/9; Lackner/Kühl, § 242 Rn 4-7.

¹⁸ So Lackner/Kühl, § 242 Rn 2; Gropp, JR 1985, 181; Bringewat, JA 1984, 61, 62; anders Tröndle/Fischer, § 242 Rn 8 (auch künstliche Körperteile).

¹⁹ Vgl. dazu Tröndle/Fischer, § 242 Rn 3; Graul, JuS 2000, 215 ff.; Krüger, JuS 2000, 1040.

²⁰ Vgl. LK-Ruß, § 242 Rn 3; Lackner/Kühl, § 242 Rn 4; Sch/Sch-Eser, § 242 Rn 11.

²¹ BGH NSTz 2006, 170, 171; Lackner/Kühl, § 242 Rn 4; Tröndle/Fischer, § 242 Rn 5-7; Sch/Sch-Eser, § 242 Rn 12; LK-Ruß, § 242 Rn 6 ff.

²² BGH NSTz 2006, 170, 171; NSTz-RR 2000, 234; BGHSt 6, 377, 378; Wessels/Hillenkamp, BT/2, Rn 69.

dd. Unterscheidung Eigentum, Besitz, Gewahrsam

Eine Legaldefinition des Begriffs *Eigentum* besteht nicht. Aus einer Gesamtschau der §§ 903 ff. und 946 ff. BGB ergibt sich aber, dass das Eigentum das umfassende Besitz-, Verfügungs- und Nutzungsrecht über eine Sache verleiht. Eigentümer ist also derjenige, der mit der Sache nach Belieben verfahren kann, sofern nicht gesetzliche Regelungen oder Rechte Dritter entgegenstehen.²³

15

Hinweis für die Fallbearbeitung: Die eigentumsrechtliche Zuordnung wird im Sachverhalt zumeist dergestalt vorgenommen, dass *von der Sache des X* gesprochen oder gesagt wird, dass *die Sache dem X gehöre*. Damit ist gemeint, dass die Sache im Eigentum des X steht und damit für den Täter fremd ist.

Gibt der bisherige Eigentümer sein Eigentum an der Sache auf (sog. **Dereliktion**, vgl. § 959 BGB), wird die Sache herrenlos und ist für den Täter dementsprechend nicht (mehr) fremd. Vgl. dazu Rn 21.

Nicht im Alleineigentum des Täters stehen auch die Sachen im **Mit- oder Gesamthandseigentum** oder im **Vorbehalts- und Sicherungseigentum**.

16

Beispiele:

- (1) **Mit- oder Gesamthandseigentum**²⁴ liegen vor, wenn die Sache im Eigentum mehrerer Personen steht. Das Paradebeispiel bildet der Fall, dass der eine Ehepartner das im Eigentum beider Ehepartner stehende Fernsehgerät im Rahmen der bevorstehenden Trennung heimlich mitnimmt. In diesem Fall ist von Diebstahl auszugehen, da nach der Verkehrsauffassung der andere Ehepartner zumindest gelockerten Gewahrsam hat und dieser Gewahrsam durch die Mitnahme gebrochen wird (vgl. dazu auch das Beispiel bei Rn 42).
- (2) **Vorbehalts- oder Sicherungseigentum** bedeutet, dass der Käufer die Sache noch nicht bezahlen (kann), aber bereits nutzen möchte. Daher behält sich der Verkäufer das Eigentum an der Sache vor (vgl. §§ 455, 158 I BGB) und kann sie gem. § 985 BGB herausverlangen, wenn der Käufer seine Verpflichtung nicht nachkommt. Der Verkäufer bleibt also so lange Eigentümer, wie der gesamte Kaufpreis noch nicht bezahlt wird. Während dieser Zeit ist die Sache für den Käufer (und Besitzer) fremd. Veräußert der Käufer die Sache an einen gutgläubigen Dritten, verwirklicht er den Tatbestand der Unterschlagung.

Besonders problematisch erscheint die Eigentumslage, wenn das Opfer im Tatzeitpunkt bereits **verstorben** ist.

Beispiel 1: Tante O beauftragt ihren Neffen T, während ihrer Urlaubsreise auf die Wohnung aufzupassen. Doch da T stets Bedarf nach „Flüssigem“ hat, nimmt er eine wertvolle antiquarische Brosche aus der Wohnung an sich, um sie später zu verkaufen. Zu diesem Zeitpunkt ist O jedoch bereits an Herzversagen verstorben, was T aber nicht weiß. Später erfährt T, dass er die fragliche Brosche geerbt hat.

17

Bei der Brosche müsste es sich um eine für T fremde bewegliche Sache gehandelt haben. **Sachen** i.S.d. § 242 sind alle körperlichen Gegenstände i.S.d. § 90 BGB, und zwar unabhängig von deren Aggregatzustand, solange sie von der Außenwelt (räumlich) abgrenzbar sind. Eine Brosche ist ein körperlicher Gegenstand, mithin eine Sache. **Fremd** sind die Sachen, wenn sie weder im Alleineigentum des Täters stehen noch herrenlos sind. Die Frage nach dem *Alleineigentum* beantwortet sich ausschließlich nach den Vorschriften des *Bürgerlichen Rechts* über den Erwerb und den Verlust von

²³ Vgl. zu den erwähnten zivilrechtlichen Vorschriften R. Schmidt, SachenR II, 3. Aufl. 2006, Rn 1 ff.

²⁴ Nicht zu verwechseln mit dem bei Rn 41 ff. dargestellten **Mitgewahrsam**.

Eigentum. Nicht im Alleineigentum stehen daher Sachen bei Mit- oder Gesamthandseigentum oder bei Vorbehalts- und Sicherungseigentum.

Vorliegend war O zum Zeitpunkt der Tat schon tot, sodass hinsichtlich der Brosche eine Herrenlosigkeit angenommen werden könnte. Da bei der Frage nach der Fremdheit jedoch auf die Regelungen des Zivilrechts zurückgegriffen werden muss, kommt die Regelung des § 1922 BGB zum Tragen, wonach das Eigentum auf den oder die Erben, vorliegend T, übergeht. Der Eigentumsübergang nach § 1922 BGB gilt unabhängig von der Kenntnis des Erben (die Möglichkeit der Erbausschlagung soll hier nicht weiter erörtert werden). Daher wird selbst derjenige gem. § 1922 BGB Eigentümer, der – wie T im Tatzeitpunkt von der Erbschaft nichts weiß.

Die Brosche war für T also nicht fremd, sodass er „nur“ wegen (untauglichen) Diebstahlsversuchs bestraft werden kann, §§ 242 I, II, 22, 23 I, 12 II (die Reise der O hoberen Gewahrsam nicht auf, dazu später). Wäre T allerdings nicht Alleinerbe der Brosche gewesen, wäre sie für ihn fremd gewesen, weil sie gemäß §§ 1922 I, 2032 I BGB auch den Miterben als Gesamthandseigentümer gehört hätte. Die gleiche Folge gilt erst recht, wenn der Täter (wie im Bsp. 2) überhaupt kein Erbe ist:

18

Beispiel 2: S hat eine Rolex gekauft, die er seiner Freundin F zum Geburtstag schenken möchte. Damit F sie vor ihrem Geburtstag noch nicht sieht, bewahrt S die Uhr in seinem Schneidergeschäft, in dem er allein arbeitet, auf. Als er eines Abends an seinem Stammtisch von der Uhr und ihrem Versteck erzählt, hört der Kellner K zufällig zu. Da sich K in finanziellen Schwierigkeiten befindet, beschließt er, die Uhr an sich zu bringen. Er begibt sich am nächsten Abend nach Geschäftsschluss mit einem Dietrich zum Geschäft des S. Er öffnet die Tür, betritt das Geschäft, nimmt die Uhr an sich und läuft schnell nach Hause.

Am nächsten Tag erfährt K aus der Zeitung, dass kurz bevor er in dem Geschäft des S die Uhr entwendete, dieser auf dem Heimweg vom Geschäft bei einem Verkehrsunfall tödlich verunglückt war. Alleinerbe des S ist sein im Ausland lebender Bruder B, der bislang noch keine Zeit hatte, sich vor Ort um den Nachlass zu kümmern.

Bei der Rolex handelt es sich um einen körperlichen Gegenstand, mithin um eine **bewegliche Sache**. Diese müsste für K auch fremd gewesen sein. **Fremd** ist eine Sache, wenn sie weder im Alleineigentum des Täters steht noch herrenlos ist. Die Frage nach dem *Alleineigentum* beantwortet sich ausschließlich nach den Vorschriften des *Bürgerlichen Rechts* über den Erwerb und den Verlust von Eigentum.

Vorliegend war S zum Zeitpunkt des Diebstahls schon tot, sodass eine Herrenlosigkeit angenommen werden könnte. Da hinsichtlich der Fremdheit jedoch auf die Regelungen des Zivilrechts zurückgegriffen werden muss, kommt die Regelung des § 1922 BGB zum Tragen, wonach das Eigentum auf den Erben, vorliegend B, übergeht. Das gilt selbst ohne dessen Kenntnis. Die Uhr war für K also fremd.

Weiterführender Hinweis: Der Eigentumsübergang nach § 1922 BGB gilt – wie in den Beispielen ausgeführt – unabhängig von der Kenntnis des Erben. Etwas anderes gilt für den sogleich behandelten Gewahrsam: Da dieser eine von einem Herrschaftswillen getragene tatsächliche Sachherrschaft voraussetzt, hatte Erbe B noch keinen Gewahrsam an der Uhr erlangt, da sich die Fiktion des Erbenbesitzes gem. § 857 BGB nach allgemeiner Meinung nicht auf den strafrechtlichen Gewahrsamsbegriff übertragen lässt und B die Uhr noch nicht tatsächlich in Besitz genommen hatte. Die Uhr war zu dem Zeitpunkt, als K sie an sich nahm, folglich gewahrsamslos, sodass mangels Gewahrsamsbruchs keine Wegnahme vorliegt.

K ist wegen versuchten Diebstahls strafbar. Die daneben verwirklichte Unterschlagung (§ 246) tritt nach der hier vertretenen Auffassung wegen der klaren Aussage in § 246 I a.E. zurück.²⁵

²⁵ Vgl. zur Begründung näher Rn 297a.

Die Fremdheit der Sache scheidet auch dann aus, wenn diese **nicht eigentumsfähig** ist. Nicht eigentumsfähig sind Sachen, die in niemandes Eigentum stehen können. Dazu zählen etwa die atmosphärische Luft oder das Wasser im Meer. Ob der menschliche Körper bzw. natürliche oder künstliche Körperteile Tatobjekt eines Diebstahls sein können, wurde bereits bei Rn 9 ff. behandelt.

In jüngerer Zeit wird verstärkt auch die Eigentumsfähigkeit von **illegalen Drogen** wie Heroin diskutiert, weil der Handel damit verboten und auch nach den Vorschriften des Betäubungsmittelgesetzes (BtMG) strafbar ist. Man sagt, illegale Drogen seien nicht verkehrsfähig, sodass ein rechtsgeschäftlicher Eigentumserwerb wegen § 134 BGB (i.V.m. § 29 I S. 1 BtMG) ausgeschlossen sei. Überträgt man diesen zivilrechtlichen Befund auf das Strafrecht, müsste man folgern, dass illegale Drogen nicht Gegenstand eines Diebstahls sein könnten, weil es an der Eigentumsfähigkeit und damit an der Fremdheit fehle. Dennoch hat der 3. Strafsenat des BGH entschieden, dass illegale Betäubungsmittel verkehrsfähig im strafrechtlichen Sinne und damit taugliche Objekte der Delikte nach §§ 242, 249 seien.²⁶ Im Strafrecht sei ausschließlich auf die formale Eigentümerposition abzustellen, nicht auf die Verkehrsfähigkeit nach Bürgerlichem Recht. Daher könne eine Sache Objekt eines Diebstahls sein, obwohl eine zivilrechtliche Eigentumsübertragung nicht möglich sei. Zur Richtigkeit seiner Auffassung verweist der 4. Strafsenat dann noch auf die allgemeine Rechtsprechung des BGH zur räuberischen Erpressung, die auch dann vorliege, wenn die erpresste Sache nicht eigentumsfähig sei; anderenfalls würde dem Schutzbedürfnis des Opfers nicht hinreichend Rechnung getragen. Schließlich meint der BGH, dass ein Strafbedürfnis für die Verletzung fremden Eigentums auch nicht deswegen entfalle, weil bereits die Strafvorschriften des BtMG eine Bestrafung ermöglichen. Denn der Schuldgehalt und der Strafrahmen eines Betäubungsmitteldelikts seien nicht vergleichbar mit denen eines Diebstahls- oder Raubdelikts (vgl. § 29 I BtMG: Geldstrafe oder Freiheitsstrafe bis zu 5 Jahren; vgl. § 250 II StGB: 5-15 Jahre Freiheitsstrafe).

Die Entscheidung wird verständlich, wenn man den ihr zugrunde liegenden Sachverhalt berücksichtigt. Die Täter nahmen dem Opfer nämlich unter Einsatz eines Messers 4-6 Kg Heroin weg. Hätte der BGH hier die Eigentumsfähigkeit des Heroins verneint, wäre eine Strafbarkeit wegen Raubes (der eine Kombination aus Diebstahl und Nötigung darstellt) nicht möglich gewesen. Allein die Bestrafung wegen Nötigung und Verwirklichung einiger Strafnormen des BtMG war dem BGH offenbar unangemessen.

Stellungnahme: Zwar kann es kein Argument sein, als Beleg für die Richtigkeit seiner Auffassung eine frühere Entscheidung desselben Gerichts anzuführen, im Ergebnis ist dennoch der Auffassung des BGH – wenn auch mit anderer Argumentation – beizupflichten. Die generelle Eigentums- bzw. Verkehrsfähigkeit einer Sache entfällt nicht bereits deswegen, weil eine rechtsgeschäftliche Übertragung an § 134 BGB scheitert. Hinzu kommt, dass sich die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts grundsätzlich nur auf das schuldrechtliche Kausalgeschäft beschränkt und sich nicht auch auf das sachenrechtliche Verfügungsgeschäft (d.h. auf die Eigentumsübertragung) erstreckt.²⁷ Das bedeutet, dass im Zivilrecht wirksam Eigentum an illegalen Drogen erworben werden kann, wenn man eine generelle Eigentums- bzw. Verkehrsfähigkeit anerkennt. Nichts anderes hat der 4. Strafsenat für das Strafrecht entschieden. Dar-

²⁶ BGH NSTZ 2006, 170, 171.

²⁷ Wie hier BGHZ 115, 130; Palandt-Heinrichs, 65. Aufl. 2006, § 134 Rn 15. Zumindest missverständlich Kudlich, JA 2006, 335, 336, der aufgrund der Formulierung, dass ein rechtsgeschäftlicher Erwerb nicht wirksam sei, den Unterschied zwischen schuldrechtlichem Kausalgeschäft und sachenrechtlichem Verfügungsgeschäft nicht berücksichtigt und damit zu verstehen gibt, als sei auch das sachenrechtliche Verfügungsgeschäft unwirksam.

aus folgt: Zwar mag das schuldrechtliche Verpflichtungsgeschäft (etwa der Kauf illegaler Drogen) nichtig sein, von dieser Nichtigkeitsfolge unberührt bleiben aber das sachenrechtliche Verfügungsgeschäft und damit der Eigentumsübergang. Folgerichtig können illegale Drogen bereits *deswegen* taugliche Objekte i.S.d. §§ 242 und 249 sein. Auf die vom 4. Strafsenat angesprochene „Verkehrsfähigkeit“ kommt es daher nicht an. Insofern braucht man auch die vom 4. Strafsenat modifizierte Definition der Fremdheit, die gegeben sei, wenn die Sache verkehrsfähig, nicht herrenlos sei und nicht im Alleineigentum des Täters stehe, nicht heranzuziehen.²⁸

ee. Begriff der Herrenlosigkeit

- 20 Ist eine Sache eigentumsfähig, darf sie weiterhin nicht herrenlos sein.

Herrenlos sind die Sachen, die zwar (abstrakt) eigentumsfähig sind, (konkret) aber in niemandes Eigentum stehen.²⁹

Beispiele: Herrenlos können zunächst in Freiheit befindliche oder wieder dorthin gelangte **Tiere** (vgl. dazu auch §§ 960, 961 BGB) sein. Diese können nicht Diebstahlsobjekt, wohl aber Tatobjekt der Jagdwilderei (§ 292) sein. Für **Fische** gilt Fischwilderei (§ 293). Etwas anderes gilt freilich für Tiere in **Wildgehegen** („Tiergärten“) oder für Fische in **privaten Gewässern** („Fischteiche“). Diese können taugliche Diebstahlsobjekte sein.³⁰ Auch entlaufene Haustiere werden noch nicht allein durch das Entlaufen herrenlos (wohl aber gewahrsamslos).

- 21 Darüber hinaus sind Sachen herrenlos, an denen der Eigentümer in der Absicht des Eigentumsverzichts den Besitz aufgegeben hat (sog. **Dereliktion**, vgl. § 959 BGB).

Beispiele:

- (1) A hat kein Interesse mehr an seinem alten Portemonnaie und wirft es in den neben einer Parkbank aufgestellten Müllkorb. Wenig später wird es zufällig von T entdeckt, der es an sich nimmt.

Für T, der das Portemonnaie gutgläubig an sich nimmt, ist es aufgrund der Eigentumsaufgabe durch A herrenlos. T hat daher nicht den objektiven Tatbestand des Diebstahls verwirklicht. Anders wäre es aber gewesen, wenn A das Portemonnaie zuvor B gestohlen hätte. Dann wäre er in Ermangelung der Eigentümerposition rechtlich nicht in der Lage gewesen, das Eigentum daran aufzugeben (B bleibt gem. § 935 I 1 BGB Eigentümer). T hätte dann eine fremde bewegliche Sache weggenommen. Gleichwohl hätte T sich in Ermangelung eines entsprechenden Diebstahlsvorsatzes (er dachte ja, der bisherige Eigentümer des Portemonnaies habe sein Eigentum daran aufgegeben) auch hier nicht wegen Diebstahls strafbar gemacht, vgl. § 16 I 1.

- (2) O hat am Straßenrand Sperrmüll abgestellt. Noch bevor das Entsorgungsunternehmen den Unrat abholen kann, werden einige Gegenstände von Privatleuten, die diese offenbar gebrauchen können, mitgenommen.

Hier liegt ein typischer Fall der Dereliktion vor, da O offenbar nur die Dinge loswerden wollte, egal wer die Sachen mitnehmen würde. Etwas anderes gilt jedoch für am Straßenrand aufgestelltes Sammelgut, das bspw. für eine Wohltätigkeitsorganisation bestimmt ist, die dazu aufgerufen hatte („Altkleidersammlung“). Hier verzichtet der (Alt-)Eigentümer weder im Sinne des § 959 BGB auf sein Eigentum noch ist er mit der Ansichnahme durch beliebige Dritte einverstanden.

²⁸ Anders *Kudlich*, JA **2006**, 335, 336.

²⁹ Vgl. §§ 958 ff. BGB und BGH NSTz **2006**, 170, 171; *Lackner/Kühl*, § 242 Rn 7.

³⁰ Zur Abgrenzung Diebstahl/Jagd- und Fischwilderei vgl. Rn 952.

Hinweis für die Fallbearbeitung: Insgesamt müssen bei der Beurteilung der Fremdheit zunächst die *Eigentumsfähigkeit* des fraglichen Objekts bejaht und sodann die *Herrenlosigkeit* verneint werden. Die Sache kann überhaupt nur dann fremd sein, wenn sie eigentumsfähig ist. Zur Besonderheit bei menschlichen Körperteilen, Leichen und Leichenteilen wurde bereits im Rahmen der Sacheigenschaft Stellung genommen. Im Übrigen erlangt das Merkmal *fremd* insbesondere beim **Tanken ohne zu bezahlen** (Rn 65, 271), beim **Automatendiebstahl** (Rn 62, 510, 680) und bei der **Wechselgeldfalle** (Rn 69, 593) hervorgehobene (Klausur-)Bedeutung.

22

Wird eine Sache nur verloren, liegt mangels Eigentumsverzichts (dieser muss ja gerade willentlich erfolgen, s.o.) keine Dereliktion vor. **Eine verlorene Sache ist also niemals herrenlos.** Allenfalls anzunehmen ist der Verlust des Gewahrsams, sofern der Berechtigte nicht mehr in der Lage ist, seine von seinem Willen geprägte, tatsächliche Herrschaft über die Sache auszuüben (wichtig für die Wegnahme, dazu sogleich).

23

Anders als im Zivilrecht sind im Strafrecht bei der Beurteilung der Eigentumsverhältnisse **Rückwirkungsfiktionen** (vgl. etwa §§ 142 I, 184, 1953 BGB) **irrelevant**. Dies entspricht dem allgemeinen Grundsatz, wonach es für die Beurteilung der Strafbarkeit nur auf den Zeitpunkt der Tatbegehung ankommt.³¹

24

Beispiel: A ist bei B zu Besuch und steckt in einem unbeobachteten Moment eine wertvolle kleine Skulptur aus dem 19. Jahrhundert in seine Jackentasche. Später verkauft er diese für 2.500,- € an den Hehler H. Als B später davon erfährt, ist er über die Höhe des Kaufpreises positiv überrascht und verlangt von A das Geld heraus.

Mit dem Herausgabeverlangen hat B die Veräußerung der Skulptur an H konkludent genehmigt (vgl. § 184 I BGB) und damit auch den Diebstahl des A „genehmigt“. Doch diese „Genehmigung“ kann keine Auswirkungen auf die Strafbarkeit des A haben, da es im Strafrecht sonst zu Zufallsergebnissen kommen könnte und die Strafbarkeit des Täters von dem nachträglichen Verhalten des Opfers abhinge (Beispiel: X und Y rauben eine Bank aus. Später stellt sich heraus, dass X der Sohn des Bankdirektors ist. Dieser verzeiht seinem Sohn. Ließe man hier eine „Genehmigung“ zu, wäre zwar Y, nicht aber X wegen Raubes bzw. Erpressung strafbar).

Hinweis für die Fallbearbeitung: Zur Bejahung der Fremdheit genügen für die Fallbearbeitung regelmäßig die Verneinung der Sache als im Alleineigentum des Täters stehend und die Feststellung, dass sie nicht herrenlos ist. Bei Bejahung beider Voraussetzungen ist die Sache fremd. Die oftmals schwierige Eigentumsprüfung kann dann dahingestellt bleiben. Nur wenn die Fremdheit fraglich ist, bedarf es einer genauen Prüfung.

25

b. Tathandlung: Wegnahme

Tathandlung ist die **Wegnahme**. Der Begriff der Wegnahme ist gesetzlich nicht definiert. Allgemein hat sich aber folgende Definition durchgesetzt:

26

Wegnahme bedeutet **Bruch fremden und Begründung neuen, nicht notwendigerweise tätereigenen Gewahrsams**.

27

³¹ Vgl. *Wessels/Hillenkamp*, BT/2, Rn 71; *LK-Ruß*, § 246 Rn 4.

Hinweis für die Fallbearbeitung: Diese Standarddefinition muss in folgende Prüfungsschritte „zerlegt“ werden:

1. Zunächst ist zu prüfen, ob an der Sache im Zeitpunkt der Tathandlung ein **fremder Gewahrsam** bestand.
2. Sodann ist zu prüfen, ob durch die Tathandlung der bisherige Gewahrsam **aufgehoben** und neuer (nicht notwendigerweise tätereigener) Gewahrsam **begründet** worden ist.
3. Schließlich ist die Frage zu beantworten, ob der Gewahrsamsübergang **ohne oder gegen den Willen** des bisherigen Gewahrsamsinhabers erfolgt ist.

aa. Begriff des Gewahrsams

- 28 Nach h.M. enthält der Begriff des Gewahrsams eine objektive und eine subjektive Komponente. Daher wird folgende Definition verwendet:

Gewahrsam ist die von einem natürlichen **Herrschaftswillen** getragene **tatsächliche Sachherrschaft** eines Menschen über eine Sache.³²

Beispiel: Wer sein Portemonnaie hinten in die Hosentasche gesteckt hat, übt tatsächliche Herrschaftsgewalt aus. Wird das Portemonnaie nun von einem Taschendieb herausgezogen, ist der Gewahrsamsbruch eindeutig zu bejahen.

- 29 Sicherlich kann die von der h.M. aufgestellte Definition für derartige (unproblematische) Fälle uneingeschränkte Geltung beanspruchen. Sie muss aber zwangsläufig in solchen Fällen versagen, in denen der Berechtigte aus faktischen Gründen gerade *nicht* in der Lage ist, eine tatsächliche Sachherrschaft über die Sache auszuüben.

Beispiele:

- (1) Befindet sich ein Wohnungsinhaber auf Reisen, ist fraglich, wie er die tatsächliche Sachherrschaft über die in seiner Wohnung befindlichen Gegenstände ausüben soll.
 - (2) Befindet sich ein Autofahrer zu Fuß auf einem Stadtbummel, ist fraglich, wie er die tatsächliche Sachherrschaft über seinen auf dem Parkplatz abgestellten Wagen ausüben soll.
 - (3) Auch derjenige, der morgens noch schläft, hat auf die Zeitung, die draußen im Briefkasten steckt, nicht wirklich eine tatsächliche Zugriffsmöglichkeit.
- 30 Um in Fällen der vorliegenden Art gleichwohl einen Diebstahl annehmen zu können, bedient sich die h.M. eines (korrigierenden) Kunstgriffes, indem sie in Fällen, in denen der Berechtigte nicht wirklich auf die Sache zugreifen kann, auf die **Verkehrsauffassung** abstellt und – bei entsprechendem Herrschaftswillen – auch noch bei einer gewissen räumlichen **Lockerung** den Gewahrsam bejaht (sog. „**gelockelter Gewahrsam**“). Eines solchen Kunstgriffes bedarf es jedoch nicht, wenn man nicht von dem Erfordernis einer tatsächlichen Herrschaftsmacht über die Sache ausgeht, sondern eine **sozial-normative** Zuordnung der Sache zur Herrschaftssphäre einer Person vornimmt („**sozial-normativer Gewahrsamsbegriff**“).³³

³² BGHSt 8, 273, 274; 40, 23; Lackner/Kühl, § 242 Rn 8a; LK-Ruß, § 242 Rn 17 ff.

³³ So vertreten von Hillenkamp, JuS 2003, 157, 158; Wessels/Hillenkamp, BT/2, Rn 71; Kargl, JuS 1996, 971, 974; Martin, JuS 1998, 893; NK-Kindhäuser, § 242 Rn 31, SK-Samson, 4. Aufl., § 242 Rn 20, jeweils zurückgehend auf Welzel, GA 1960, 257 und Lb. (11. Aufl. 1969), S. 347, 348.

Stellungnahme und Hinweis für die Fallbearbeitung: Im Ergebnis ändert sich dadurch freilich nichts. In allen o.g. **Beispielen** fand ein Gewahrsamsbruch statt. Die h.M. nimmt jeweils einen gelockerten Gewahrsam an und die Gegenauffassung gelangt aufgrund einer sozial-normativen Zuordnung ebenfalls zur Annahme eines Gewahrsams. In der **Fallbearbeitung** ist eine Streitentscheidung daher entbehrlich. Der sozial-normative Gewahrsamsbegriff ist aber aus rechtsdogmatischer Sicht vorzugswürdig, weil er – anders als die Konstruktion eines „gelockerten Gewahrsams“ – den Kerngehalt der Wegnahme nicht zum bloßen Korrektiv entwertet.

31

Folgt man dem auch hier vertretenen sozial-normativen Gewahrsamsbegriff, ergibt sich für den Gewahrsam folgende Definition:

32

Eine Person übt **Gewahrsam** über eine Sache aus, wenn ihr die Herrschaftsmacht über die Sache **sozial-normativ** zugeordnet wird („**sozial-normativer Gewahrsamsbegriff**“).

33

Die bisherigen Ausführungen zur Fremdheit und zum Gewahrsam sollten verdeutlicht haben, dass der Gewahrsam streng von den (zivilrechtlichen) **Eigentumsverhältnissen** zu unterscheiden ist. Ausschließlich bei der Frage der Fremdheit kommt es auf die zivilrechtliche Rechtslage an. Die Beurteilung des **Gewahrsams** richtet sich dagegen allein nach der faktischen, willensgetragenen bzw. sozial-normativen Sachherrschaft. Ebenso wenig darf der zivilrechtliche **Besitz** (§§ 854 ff. BGB) mit dem strafrechtlichen Gewahrsamsbegriff gleichgesetzt werden. So kann der Besitzdiener (§ 855 BGB), der zivilrechtlich nicht Besitzer ist, Gewahrsam haben. Umgekehrt sind Verpächter, Vermieter und Verleiher zwar mittelbare Besitzer (§ 868 BGB), haben jedoch keinen Gewahrsam. Auch der Erbe erlangt wegen der Besitzfiktion des § 857 BGB zwar Besitz an der Erbsache, jedoch schließt dies eine Gewahrsamsbegründung nicht notwendigerweise ein. Dies verdeutlicht das obige **Beispiel** bei Rn 17 (Brosche der auf einer Reise befindlichen Tante). Die Fiktion, dass der Besitz auf den Erben übergehe (§ 857 BGB), sagt nichts darüber aus, ob damit Gewahrsam begründet wird. Für den Fall, dass T Alleinerbe ist, ändert sich dadurch freilich nichts. Existiert hingegen ein Miterbe, ist die antiquarische Brosche für T zwar eine fremde bewegliche Sache, sie steht aber nicht in fremdem Gewahrsam, weil O's Gewahrsam mit ihrem Tod untergegangen war und der Miterbe seinen die tatsächliche Sachherrschaft begründenden Herrschaftswillen mangels Kenntnis noch nicht fassen konnte. Das Gleiche würde bei einer sozial-normativen Betrachtungsweise gelten.

34

Unabhängig von der Definition des Gewahrsams besteht Einigkeit darüber, dass der genannte natürliche Herrschaftswille nur von einer **natürlichen Person** ausgeübt werden kann.³⁴ Juristische Personen (AG, GmbH etc., aber auch Behörden) und andere Institutionen können dementsprechend keinen Willen bilden; dies können nur die für sie handelnden Organe und Vertreter. Es wäre also falsch zu sagen „die Sache steht im Gewahrsam der X-GmbH“. Wichtige Konsequenz hat diese Erkenntnis für das Innenverhältnis zwischen Organ bzw. Vertreter und Institution: Da die Institution als solche keinen Gewahrsam haben kann, kann er ihr gegenüber auch nicht gebrochen werden. Es kommen also kein Diebstahl, sondern Unterschlagung und Untreue in Betracht. Im Außenverhältnis dagegen ist Diebstahl möglich, sofern die Institution zumindest teilrechtsfähig und damit Eigentümer der Sache ist. Das Abstellen auf den natürlichen Willen hat schließlich zur Konsequenz, dass Gewahrsam auch bei einer gewissen *Bewusstseinslockerung* zu bejahen ist.

35

³⁴ Vgl. nur *Lackner/Kühl*, § 242 Rn 10; *Tröndle/Fischer*, § 242 Rn 13.

Beispiele: Auch *Geisteskranke, Schlafende und Bewusstlose* haben daher im dargelegten Sinne einen Herrschaftswillen und können bestohlen werden (sog. **potentieller Gewahrsamswille**). *Bewusstlosigkeit* hebt selbst dann den Gewahrsam nicht auf, wenn der Betroffene vor seinem Tod nicht mehr aufwacht, da es keinen Unterschied machen kann, ob er sich noch einmal von seinem Zustand erholt oder nicht (str.). Der Herrschaftswille endet aber mit der **endgültigen Aufgabe** oder mit dem **Tod**.

36

Hinweis für die Fallbearbeitung: Ein häufig anzutreffendes Klausurthema besteht in dem „**Bestehlen bzw. Berauben von Toten**“. Zwar wurde aufgezeigt, dass verstorbene Menschen keinen Gewahrsam (mehr) haben können, sodass eine Wegnahme grds. (zugunsten einer Unterschlagung) ausscheidet. Hat der Täter aber selbst zuvor den Tod des Gewahrsamsinhabers herbeigeführt und dies nur zu dem Zweck, das Opfer später in Ruhe „ausrauben“ zu können, muss von einem einheitlichen Geschehensablauf ausgegangen werden. Schließt sich die Gewahrsamserlangung dann zeitlich an die Tötungshandlung an, liegt bereits in der Gewaltanwendung der Beginn der Wegnahme, also der Angriff auf den (noch) bestehenden Gewahrsam. Dass die Wegnahme unter diesen Umständen erst nach dem Tod des Opfers vollendet wird, ist bedeutungslos.³⁵ Der Täter ist dann regelmäßig wegen schweren Raubes mit Todesfolge (§§ 249 250, 251) in Tateinheit mit Mord (§ 211 I, II Var. 3 - Habgier) strafbar.

bb. Sonderfälle des Gewahrsams

a.) Genereller Gewahrsamswille

37

Um einen Gewahrsam über (diebstahlstaugliche) Gegenstände annehmen zu können, ist es nicht erforderlich, dass sich der Gewahrsamswille auf jeden einzelnen Gegenstand bezieht. Vielmehr genügt es, dass der Berechtigte einen Herrschaftswillen hinsichtlich **sämtlicher Gegenstände, die sich in seinem Herrschaftsbereich befinden**, begründet.³⁶ Würde man etwas anderes annehmen, würden Fälle, in denen jemand einen Gegenstand **verloren** oder **vergessen** hat, selbst auf der Grundlage des sozial-normativen Gewahrsamsbegriffs nicht befriedigend gelöst werden können.³⁷

38

Beispiel: Auf dem Weg zu einer Party **verliert** O in der U-Bahn sein Portemonnaie. Schaffner S bemerkt dies und steckt das Portemonnaie lieber ein, statt es dem O zu übergeben. Hier könnte ein **Diebstahl** (und nicht etwa eine **Fundunterschlagung!**) vorliegen.

- ⇒ Zunächst müsste es sich bei dem von O verlorenen Portemonnaie um eine für S **fremde Sache** gehandelt haben. Fremd ist eine Sache, wenn sie weder im Alleineigentum des Täters steht noch herrenlos ist. Vorliegend hat O sein Eigentum an dem Portemonnaie nicht aufgegeben. Insbesondere macht das Verlieren (und auch das Vergessen!) eine Sache noch nicht herrenlos. Für S war das Portemonnaie daher fremd.
- ⇒ S müsste durch das Einstecken des Portemonnaies auch fremden **Gewahrsam gebrochen** haben. Eine Person übt Gewahrsam über eine Sache aus, wenn ihr die Herrschaftsmacht über die Sache sozial-normativ zugeordnet wird („sozial-normativer Gewahrsamsbegriff“, s.o.). Hinsichtlich einer verlorenen Sache kann eine solche Zuordnung nicht vorgenommen werden. Demzufolge übte O im Zeitpunkt der Tathandlung des S keinen Ge-

³⁵ Vgl. BGHSt 9, 135, 136; Sch/Sch-Eser, § 251 Rn 9.

³⁶ Sch/Sch-Eser, § 242 Rn 30; LK-Rub, § 242 Rn 23.

³⁷ Vgl. zur Problematik auch Sch/Sch-Eser, § 242 Rn 28; Tröndle/Fischer, § 242 Rn 13, 15.

2. Kapitel – Raub und raubähnliche Delikte

A. Raub (§ 249)

311 Der Tatbestand des Raubes verbindet die Merkmale des **Diebstahls** mit einer qualifizierten **Nötigung** zu einem **zweiaktigen Delikt eigenständiger Art**.²⁷⁹ § 249 stellt also weder gegenüber § 242 noch gegenüber § 240 eine Tatbestandsqualifikation dar, sondern ist ein selbstständiges und spezielles Delikt. **Geschützte Rechtsgüter** sind entsprechend der Rechtsnatur als zusammengesetztes Delikt aus Diebstahl und Nötigung das Vermögen (Eigentum und nach h.M. auch Gewahrsam) und die Freiheit der Willensbetätigung.

⇒ Hinsichtlich der **Diebstahlskomponente** stimmt § 249 mit § 242 vollständig überein, sodass sich sämtliche Probleme in Bezug auf die bewegliche Sache und deren Wegnahme auch bei § 249 stellen können.

⇒ Hinsichtlich der **Nötigungskomponente** stellt § 249 im Vergleich zu § 240 höhere Anforderungen und verlangt Gewalt „*gegen eine Person*“ bzw. Drohung „*mit gegenwärtiger Gefahr für Leib und Leben*“ (§ 240 lässt *jede* Gewalt bzw. Drohung mit einem *empfindlichen Übel* genügen). Der Nötigungserfolg liegt in der Duldung der Wegnahme.

312 Was die **Verbindung** zwischen Nötigungsmittel und Wegnahme betrifft, muss die Anwendung des Nötigungsmittels für das Gelingen der Wegnahme nach h.M. **weder objektiv erforderlich noch kausal** (i.S. einer *conditio sine qua non*) sein. Denn § 249 ist **final** formuliert und lässt es genügen, dass das Nötigungsmittel nach der **subjektiven Zwecksetzung** des Täters als wesentlicher Bestandteil der Tat dazu dienen **soll**, die Wegnahme durch Ausschaltung oder Überwindung eines erwarteten Widerstands zu erreichen.²⁸⁰ Vgl. dazu Rn 348 ff.

313

Hinweis für die Fallbearbeitung: Liegen im Sachverhalt Hinweise auf einen Raub vor, ist dieses Delikt wegen seiner Spezialität vorrangig vor den §§ 242 ff. und 240 zu prüfen. Deren eigenständige Prüfung ist bei Bejahung des Raubes (ggf. i.V.m. §§ 250, 251) grds. nicht mehr angezeigt. Das erspart insbesondere Ausführungen zur Verwerflichkeit i.S. des § 240 II, da Gewalt „gegen eine Person“ und Drohungen „mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben“ sowie die Nötigung zwecks Wegnahme einer fremden Sache in der Absicht der rechtswidrigen Zueignung stets als verwerflich anzusehen sind. Scheitert der Raub allerdings an einem dieser beiden Tatbestände oder kommt lediglich ein versuchter Raub in Betracht, können die §§ 240, 242 ff. eigenständige Bedeutung erlangen. Etwas anderes gilt lediglich für den Raub in Wohnungen, da § 250 einen mit § 244 I Nr. 3 vergleichbaren Qualifikationsgrund nicht enthält. Diesbezüglich kommt man nicht umhin, nach § 249 (ggf. i.V.m. §§ 250, 251) auch den Wohnungseinbruchdiebstahl zu erörtern. Wird § 244 I Nr. 3 bejaht, spricht dessen besonderer Unrechtsgehalt für die Annahme von Tateinheit mit den Raubdelikten.²⁸¹

²⁷⁹ BGHSt 20, 235; BGH NStZ-RR 2002, 304, 305; Wessels/Hillenkamp, BT/2, Rn 316. Unklar Rengier (BT I, § 7 Rn 1), demzufolge sich der Raub im „Normalfall“ aus Nötigung und Diebstahl zusammensetzt. Es ist jedoch kein Fall denkbar, in dem ein Raub bejaht werden könnte, wenn eine der beiden Komponenten fehlt.

²⁸⁰ BGHSt 30, 375, 377; 41, 123, 124; BGH NStZ-RR 2002, 304, 305; Lackner/Kühl, § 249 Rn 4; Sch/Sch-Eser, § 249 Rn 7; Tröndle/Fischer, § 249 Rn 6; Wessels/Hillenkamp, BT/2, Rn 322; a.A. NK-Kindhäuser, § 249 Rn 28 ff.; SK-Günther, § 249 Rn 36 u. 43; Joecks, § 249 Rn 22.

²⁸¹ Wessels/Hillenkamp, BT/2 Rn 359; Rengier, BT I, § 7 Rn 2.

- Systematisch ist der Raub im Zusammenhang mit den Delikten seines Umfelds zu sehen. **314**
- ⇒ So stellt der **schwere Raub** (§ 250), der weitgehend dem Diebstahl mit Waffen (§ 244 I Nr. 1a u. b) und dem Bandendiebstahl (§§ 244 I Nr. 2, 244a) entspricht, einen *Qualifikationstatbestand* dar. **315**
 - ⇒ Der **Raub mit Todesfolge** (§ 251) stellt eine echte *Erfolgsqualifikation* dar, bei dem der Täter den Tod eines anderen Menschen wenigstens leichtfertig verursacht haben muss. **316**
 - ⇒ Der **räuberische Diebstahl** (§ 252) ist ein *raubähnliches Delikt* und unterscheidet sich vom Raub dadurch, dass die Nötigung nicht das Mittel zur Wegnahme ist, sondern erst nach Vollendung der Wegnahme zur Sicherung des bereits erlangten Gewahrsams eingesetzt wird. § 249 und § 252 stehen daher in einem Exklusivitätsverhältnis zueinander. Bei Abgrenzungsschwierigkeiten kommt es entscheidend auf die bezüglich der Vollendung der Wegnahme entwickelte Apprehensionstheorie an. Ist danach die Wegnahme (ohne Nötigungsmittel) vollendet, aber noch nicht beendet und setzt der Täter das Nötigungsmittel nur noch zur Beutesicherung ein, kommt ausschließlich § 252 in Betracht. **317**
 - ⇒ Schließlich ist der **räuberische Angriff auf Kraftfahrer** (§ 316a) zu nennen, der aufgrund seiner systematischen Stellung zwar dem Verkehrsstrafrecht zugeordnet, wegen des Sachzusammenhangs mit den Raubdelikten vorliegend jedoch im Rahmen der raubähnlichen Delikte erörtert wird. **318**
- Dadurch, dass der Raub einen durch (qualifizierte) **Nötigungselemente** „angereicherteren“ **Diebstahl** darstellt, gilt es in der **Fallbearbeitung** die Nötigungselemente sinnvoll in den Diebstahl zu integrieren. Mithin empfiehlt sich folgender Aufbau: **319**

Raub (§ 249)
<p>I. Tatbestand</p> <p>1. Objektiver Tatbestand</p> <p>a. Wegnahme einer fremden beweglichen Sache</p> <ul style="list-style-type: none"> ⇒ Tatobjekt ist in Übereinstimmung mit § 242 eine fremde bewegliche Sache. ⇒ Auch hinsichtlich der Wegnahme besteht volle Kongruenz zu § 242, sodass eine Wegnahme immer dann vorliegt, wenn fremder Gewahrsam gebrochen und neuer Gewahrsam begründet wird. Durch dieses Erfordernis ist der Raub von der – äußerlich sehr ähnlichen – räuberischen Erpressung (§ 255) abgegrenzt. Als Faustformel lässt sich (nach h.L.) sagen: Duldet das Opfer die Wegnahme, liegt Raub vor; gibt das Opfer die Sache nötigungsbedingt heraus, liegt (räuberische) Erpressung vor. <p>b. Qualifizierte Nötigung als Mittel zur Wegnahme</p> <p>Die Wegnahme muss unter Einsatz von „Gewalt gegen eine Person“ oder „Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib und Leben“ erfolgen.</p> <ul style="list-style-type: none"> ⇒ Der Begriff der Gewalt in § 249 entspricht prinzipiell dem des § 240. Danach ist unter Gewalt jeder körperlich wirkende Zwang zu verstehen, der der Überwindung eines geleisteten oder erwarteten Widerstands dient. Die in § 249 genannte Einschränkung: „gegen eine Person“ bringt zum Ausdruck, dass die Gewaltanwendung auf den Körper des Opfers bezogen sein muss. Rein psychische Einwirkungen wie das Auslösen von Angst- oder Erregungszuständen scheiden demnach generell aus, auch wenn durch sie mittelbar das körperliche Wohlbefinden beeinträchtigt wird. § 249 entfällt schließlich auch dann, wenn

320

nicht Zwang, sondern die Ausnutzung eines Überraschungsmoments die Tat prägt. Es verbleibt aber stets § 242.

- ⇒ **Drohung** ist das Inaussichtstellen eines *künftigen* Übels, auf dessen Eintritt der Drohende Einfluss hat oder zu haben *vorgibt*. Als **Adressaten** der Drohung kommen wie bei der Gewalt auch **schutzbereite Dritte** in Betracht.
- ⇒ **Einsatz von Gewalt oder Drohung zum Zweck der Wegnahme** (finale Verknüpfung): Wie aus dem final formulierten Gesetzestext des § 249 hervorgeht, muss die Nötigung *zum Zweck der Wegnahme* erfolgen. Daraus folgert die zutreffende h.M., dass **objektiv** nur ein bestimmter *räumlich-zeitlicher Zusammenhang* zwischen der Nötigung und der Wegnahme bestehen müsse. Ein **Kausalzusammenhang** dergestalt, dass die Nötigung *conditio sine qua non* für die Wegnahme ist, wird **nicht** verlangt. **Subjektiv** muss dafür aber ein Finalzusammenhang bestehen, d.h. die Nötigung muss zumindest *nach der Vorstellung des Täters* den Zweck haben, die Wegnahme zu ermöglichen (*subjektiv-finales Kriterium*). An der *Finalität der Nötigungsmittel* fehlt es aber, wenn der Täter zunächst ohne dieses Ziel nötigt und die Situation anschließend zur Wegnahme lediglich ausnutzt.

2. Subjektiver Tatbestand

In subjektiver Hinsicht ist neben dem **Vorsatz** (*dolus eventualis*) bezüglich aller objektiven Tatbestandsmerkmale die Absicht (i.S.e. Intention), die Sache sich oder einem Dritten rechtswidrig zuzueignen, erforderlich. Hinsichtlich dieser **Zueignungsabsicht** besteht volle Kongruenz zu § 242. Sollten mehrere Tatbeteiligte als **Mittäter** in Betracht kommen, ist zu beachten, dass gem. § 25 II nur *objektive* Tatbeiträge zugerechnet werden können. Fehlt also bei einem Beteiligten die erforderliche (Dritt-) Zueignungsabsicht, kommt eine Mittäterschaft in Bezug auf § 249 nicht in Betracht. Es bleibt aber die Möglichkeit der diesbezüglichen Teilnahme (§§ 249, 27 I).

Von besonderer Examensrelevanz sind die Fälle des **Objektwechsels** und der **Vorsatzveränderung** sowie Fragen rund um die **Rechtswidrigkeit der beabsichtigten Zueignung**.

II. Rechtswidrigkeit und III. Schuld

I. Tatbestand

1. Objektiver Tatbestand

a. Tatobjekt: Fremde bewegliche Sache

- 321 Tatobjekt ist in Übereinstimmung mit § 242 eine **fremde bewegliche Sache**, so dass uneingeschränkt auf die zum Diebstahl gemachten Ausführungen verwiesen werden kann.

b. Tathandlung: Wegnahme unter Einsatz qualifizierter Nötigungsmittel

aa. Wegnahme

- 322 Auch hinsichtlich der **Wegnahme** besteht volle Kongruenz zu § 242, sodass eine Wegnahme immer dann vorliegt, wenn fremder Gewahrsam gebrochen und neuer Gewahrsam begründet wird. Durch dieses Erfordernis ist der Raub von der – äußerlich sehr ähnlichen – **räuberischen Erpressung** (§ 255) abgegrenzt:

- ⇒ Wird durch die Gewalt oder Drohung erreicht, dass der Gewahrsamsinhaber die Sache **weggibt**, liegen *keine* Wegnahme und damit *kein* Raub vor; es kommt aber eine

räuberische Erpressung in Betracht, da die Weggabe als nötigungsbedingte Vermögensverfügung angesehen werden kann.

- ⇒ **Duldet** das Opfer jedoch nur die Wegnahme der Sache durch den Täter, ist ein **Raub** anzunehmen, weil die Duldung bloßes **Gewährenlassen der Wegnahme** bedeutet und somit eine Weggabe in Form einer Vermögensverfügung nicht angenommen werden kann.

Somit bleibt die Frage zu beantworten, wodurch sich Wegnahme und Weggabe voneinander unterscheiden. **323**

- ⇒ Nach der **h.L.** schließen sich Weggabe und Wegnahme begrifflich aus mit der Folge, dass §§ 249 und 255 in einem **Exklusivitätsverhältnis** zueinander stehen.²⁸² Sie grenzt die Wegnahme von der Weggabe mit kleineren Nuancen nach der **inneren Willensrichtung** des Opfers ab. Übertrage dieses den Gewahrsam willentlich, d.h. mit seinem faktischen (wenn auch erzwungenen) Einverständnis, liege ein Geben und somit eine für §§ 253, 255 zu fordernde Vermögensverfügung vor. Glaube das Opfer aber, ihm bleibe angesichts der Nötigung keine Wahl und es werde den Gewahrsam in jedem Fall verlieren, sei eine Wegnahme auch dann anzunehmen, wenn das Geschehen sich nach dem äußeren Erscheinungsbild als Geben darstelle. Als Indiz könne man aber auch durchaus das *äußere Erscheinungsbild* (Geben oder Nehmen) heranziehen, um mit seiner Hilfe auf den Opferwillen zu schließen. **324**

- ⇒ Die **Rspr.**²⁸³ stellt dagegen ausschließlich auf das **äußere Erscheinungsbild** des Täterverhaltens ab. Raub liege vor, wenn der Täter die Sache *nehme*, räuberische Erpressung, wenn das Opfer die Sache *gebe*. Da die Rspr. im Übrigen bei § 255 keine Vermögensverfügung fordert, sondern ein Dulden der Wegnahme genügen lässt, folgt daraus, dass der Tatbestand des § 255 den des § 249 umfasst. Nach Auffassung der Rspr. ist somit **bei einem Raub zugleich auch der Tatbestand der räuberischen Erpressung erfüllt**. § 249 sei aber **speziell** und **verdränge** § 255 im Wege der Gesetzkonkurrenz. Aber auch nach Auffassung der Rspr. schließt § 249 die Anwendbarkeit des § 255 nur insoweit aus, als dessen Voraussetzungen vorliegen.²⁸⁴ Kommt also eine Bestrafung nach § 249 mangels erforderlicher Zueignungsabsicht (etwa wenn der Täter nur mit dem Willen zur Gebrauchsanmaßung handelt) nicht in Betracht, kann nach der Rspr. immer noch eine Bestrafung „gleich einem Räuber“ über § 255 angenommen werden. **325**

Hinweis für die Fallbearbeitung: In der Fallbearbeitung sollte – sofern der Sachverhalt eine Abgrenzung zwischen § 249 und § 255 nahe legt – mit dem Wegnahmedelikt des § 249 begonnen werden. Liegen dessen Voraussetzungen vor, erübrigt sich nach allen Auffassungen eine anschließende Prüfung der §§ 253, 255. Nach der h.L. kommt sie nicht in Betracht, weil die durch den bejahten Raub vorliegende Wegnahme nicht gleichzeitig eine Vermögensverfügung sein könne, diese für §§ 253, 255 aber vorauszusetzen sei. Nach der Rspr. erübrigt sich eine Prüfung der §§ 253, 255, da ihr zufolge § 249 *lex specialis* zu §§ 253, 255 ist. Entscheidend ist daher, ob in dem Tatgeschehen eine Wegnahme oder eine Weggabe liegt. Zu den jeweiligen Argumenten vgl. die Ausführungen zu §§ 253, 255. **326**

²⁸² Lackner/Kühl, § 255 Rn 2; Krey/Hellmann, BT 2, Rn 305d; Rengier, BT I, § 11 Rn 10; Tröndle/Fischer, § 253 Rn 5, 9; Wessels/Hillenkamp, BT/2, Rn 707 ff.; Sch/Sch-Eser, § 249 Rn 2 und § 253 Rn 8.

²⁸³ BGHSt 7, 252, 255; 14, 386, 390; 25, 224; 41, 123, 126; BGH NSTZ-RR 1999, 103; BGH NSTZ 2002, 31, 32; zust. Hecker, JA 1998, 300, 305; SK-Günther, vor §§ 249 ff. Rn 13 ff.; Mitsch, BT 2/1, § 6 Rn 40. Vgl. auch BGH NSTZ-RR 2003, 40; BGH NSTZ-RR 2002, 304, 305.

²⁸⁴ BGHSt 14, 386, 390.

bb. Qualifizierte Nötigungsmittel

327 Die Wegnahme muss unter Einsatz von „Gewalt gegen eine Person“ oder „Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib und Leben“ erfolgen.

a.) Gewalt gegen eine Person

328 Der Begriff der Gewalt in § 249 entspricht prinzipiell dem des § 240 (vgl. dazu ausführlich *Schmidt/Priebe*, BT I, Rn 743 ff.).

329 Demnach ist unter **Gewalt** jeder körperlich wirkende Zwang zu verstehen, der der Überwindung eines geleisteten oder erwarteten Widerstands dient.²⁸⁵

330 Rein psychische Einwirkungen wie das Auslösen von Angst- oder Erregungszuständen scheidern demnach generell aus.

331 Fraglich ist aber, ob sich bezüglich des Raubes eine Einschränkung des Gewaltbegriffs (i.S.e. Qualifizierung) daraus ergibt, dass in § 249 von einer Gewalt „*gegen eine Person*“ die Rede ist, wohingegen § 240 nur von „Gewalt“ spricht, also begrifflich auch „Gewalt gegen Sachen“ zulässt. Da aber auch bei § 240 erforderlich ist, dass durch die Einwirkung auf Sachen letztlich ein – wenn auch nur *mittelbarer* – körperlich wirkender Zwang ausgeübt wird und eine *mittelbare* Auswirkung auch für § 249 allgemein als ausreichend erachtet wird²⁸⁶, kann unter dieser Maßgabe auch eine Sachgewalt im Ergebnis eine „Gewalt gegen eine Person“ sein. Wegen des hohen Strafmaßes des § 249 wird man aber fordern müssen, dass die Gewalt – wenn auch nur mittelbar – **auf den Körper des Opfers bezogen ist**. Im Übrigen scheidet Sachgewalt als taugliches Raubmittel aus.

332 **Beispiele**²⁸⁷:

- (1) Wer eine Tür **zertrümmert**, um Sachen wegzunehmen, übt keine auch nur mittelbar auf eine Person wirkende Gewalt aus. Somit liegt kein Raub, sondern nur ein Einbruchdiebstahl vor. Anders ist es, wenn das Opfer dabei anwesend ist und der Täter die Tür zertrümmert, um das Opfer in Angst und Schrecken zu versetzen. In diesem Fall richtet sich die „Gewalt gegen Sachen“ *mittelbar* gegen eine Person.
- (2) Gewalt gegen eine Person liegt auch nicht vor, wenn der Täter, um in Ruhe die Wohnung des Opfers ausplündern zu können, dessen **Autoreifen zersticht** und das Opfer somit daran hindert, nach Hause fahren zu können.
- (3) Das Gleiche gilt, wenn der Täter sich **verbarrikadiert** oder unüberwindbare **Hindernisse errichtet**, um eingriffsbereite Personen **auszusperren** und die Wegnahme vollenden zu können.
- (4) Schließlich reicht das **Quälen von (Lieblings-)Tieren** nicht aus, um den Widerstand des Tierhalters i.S.d. § 249 zu brechen.

333 Umgekehrt liegt Gewalt jedenfalls dann vor, wenn der Täter durch sein Verhalten dem Opfer Willensbildung oder Willensbetätigung unmöglich macht (***vis absoluta***).

²⁸⁵ Vgl. BGH NSTZ 2004, 152, 153; BayObLG NJW 2002, 628 f.; *Tröndle/Fischer*, § 240 Rn 8; *Krey*, BT I, S. 342.

²⁸⁶ BGHSt 23, 126, 127 (unter Aufgabe der früheren Rspr. in BGHSt 1, 145, 147); *Wessels/Hillenkamp*, BT/2 Rn 319 f.; *Sch/Sch-Eser*, § 249 Rn 4; *Lackner/Kühl*, § 249 Rn 2.

²⁸⁷ Zu sämtlichen nachfolgenden Beispielen vgl. *Wessels/Hillenkamp*, BT/2, Rn 321; *Mitsch*, BT 2/1 § 3 Rn 19 f.; *Rengier*, BT I, § 7 Rn 4-8; *Lackner/Kühl*, § 249 Rn 2; *SK-Günther*, § 249 Rn 7-16; *LK-Herdegen*, § 249 Rn 4-8; *Sch/Sch-Eser*, § 249 Rn 4-4a; *Joecks*, § 249 Rn 16-22.

II. Qualifikationstatbestand des § 250 II

1. Objektiver Tatbestand

- ⇒ **Raub unter Verwendung v. Waffen oder anderen gefährlichen Werkzeugen, § 250 II Nr. 1**
Der Begriff des **Verwendens** setzt nicht voraus, dass der Einsatz des abstrakt gefährlichen Mittels eine *konkrete* Gefahr erheblicher Verletzungen anderer begründet. Es genügt, wenn das Mittel zur Drohung eingesetzt wird. Allerdings ist in einem Fall, in dem es zu keiner konkreten Gefährdung anderer gekommen ist, zu prüfen, ob nicht ein minder schwerer Fall gem. § 250 III vorliegt.
- ⇒ **„Bandenraub“ unter Verwendung von Waffen, § 250 II Nr. 2**
§ 250 II Nr. 2 kumuliert die Voraussetzungen des „Bandenraubes“ nach § 250 I Nr. 2 und des „Waffenraubes“ nach § 250 I Nr. 1a Var. 1.
- ⇒ **Schwere körperliche Misshandlung, § 250 II Nr. 3a**
Zu verlangen sind entweder **vorsätzlich herbeigeführte schwere Gesundheitsschädigungen i.S.d. § 250 I Nr. 1c** oder neben einer nicht unerheblichen Beeinträchtigung der körperlichen Integrität zumindest **besonders rohe Misshandlungen**. Heftige und mit **schweren Schmerzen** verbundene Schläge erfüllen diese Voraussetzung jedenfalls dann, wenn sie zu nicht unerheblichen Gesundheitsschädigungen führen.
- ⇒ **Bringen des Opfers in die Gefahr des Todes, § 250 II Nr. 3b**
Wie bei § 250 I Nr. 1c handelt es sich auch bei dieser Strafnorm *nicht* um ein erfolgsqualifiziertes Delikt i.S.d. § 18, bei dem Fahrlässigkeit bezüglich des Eintritts der konkreten Gefahr genügen würde, sondern um ein **konkretes Gefährdungsdelikt**, bei dem der Täter mit **Gefährdungsvorsatz** (*dolus eventualis*) handeln muss. Zu den Merkmalen „andere Person“, „konkrete Gefahr“ und „durch die Tat“ vgl. die Ausführungen zu § 250 I Nr. 1c.

2. Subjektiver Tatbestand

Auch bei den Vorsatzqualifikationen des § 250 II ist wenigstens *dolus eventualis* bezüglich aller objektiven Qualifikationsmerkmale erforderlich. Bei § 250 II Nr. 3b muss der Täter *Gefährdungsvorsatz* (*nicht* § 18!) haben, da es sich nicht um eine Erfolgsqualifikation, sondern um eine Vorsatzqualifikation (§ 15) handelt.

III. Minder schwerer Fall des Raubes

Eine **Strafzumessungsregel** für minder schwere Fälle enthält § 250 III, die sowohl für § 250 I als auch für § 250 II gilt. Ein minder schwerer Fall ist insbesondere dann in Betracht zu ziehen, wenn der Täter zwar eine Waffe i.S.d. § 250 II Nr. 1 einsetzt, es aber zu keiner konkreten Gefährdung anderer kommt (s.o.).

I. Qualifikationstatbestand des § 250 I

1. Objektiver Tatbestand

a. Raub mit Waffen/anderen gefährlichen Werkzeugen, § 250 I Nr. 1a

In Übereinstimmung mit § 244 I Nr. 1a (vgl. dort) ist Erschwerungsgrund der Qualifikation die erhöhte abstrakte Gefährlichkeit, welche von Tätern ausgeht, die eine **Waffe** oder ein **anderes gefährliches Werkzeug** bei sich führen.

Hinweis zu den nachfolgenden Ausführungen: Zwar können aufgrund der Wortlautidentität von § 244 I Nr. 1a, b und § 250 I Nr. 1a, b viele zu § 244 entwickelte Grundsätze übernommen werden, doch bestehen einige wichtige Unterschiede im De-

378

tail, sodass nicht pauschal auf § 244 verwiesen werden kann.³³⁰ Um den Besonderheiten des schweren Raubes Rechnung zu tragen, greifen die nachfolgenden Ausführungen die zu § 244 entwickelten Grundsätze auf und modifizierten diese um die Besonderheiten des § 250.

aa. Begriff der Waffe i.S.v. § 250 I Nr. 1a Var. 1

379 Der Begriff der Waffe ist mit dem des § 244 I Nr. 1a identisch. Wegen ihrer Einstufung als Unterfall des „gefährlichen Werkzeugs“ können mit den Waffen daher nur solche objektiv gefährlichen Werkzeuge gemeint sein, die ihrer Natur nach zu den besonders gefährlichen Tatgegenständen zählen. Es handelt sich um sog. **Waffen im technischen Sinn**, die sich mittels objektiver, nun im WaffG in der seit dem 1.4.2003 gültigen Fassung i.V.m. den in der Anlage 1 zum WaffG definierten Kriterien bestimmen lassen. Innerhalb dieser Kategorie stellen die **Schusswaffen** eine Untergruppe dar.

380 **Exkurs zum Waffenrecht:** Da der Gesetzgeber mit der seit dem 1.4.2003 geltenden Neufassung des WaffG i.V.m. der Anlage 1 zum WaffG ein höchst differenziertes, wenn auch kompliziertes Regelungswerk hinsichtlich des Waffenbegriffs geschaffen hat und die Definitionen des WaffG zumindest zur Auslegung der Waffenbegriffe der §§ 244 und 250 StGB ohne weiteres herangezogen werden können³³¹, sind viele der bis dahin höchst strittigen Fragen obsolet geworden. Die nachfolgende Darstellung konzentriert sich daher auf die nunmehr geltende Rechtslage und erläutert Streitstände nur dort, wo die Novellierung des WaffG keine Klärung herbeigeführt hat.

381 **a.) Schusswaffen:** In Anlehnung an § 1 II Nr. 1 WaffG in der seit dem 1.4.2003 geltenden Fassung i.V.m. der Anlage 1 zum WaffG können als Schusswaffen solche Geräte angesehen werden, die zum Angriff oder zur Verteidigung, zur Signalgebung, zur Jagd, zur Distanzinjektion, zur Markierung, zum Sport oder zum Spiel bestimmt sind und bei denen ein **Geschoss** (also feste Körper, aber auch gasförmige, flüssige oder feste Stoffe in Umhüllungen)³³² oder mehrere zugleich durch einen **Lauf getrieben** werden.³³³

382 **Beispiele:** Gewehre, Pistolen und Revolver. Aber auch Luftgewehre und -pistolen gehören – trotz ihrer vergleichsweise geringeren Gefährlichkeit – noch dazu. Ob die Schusswaffe **einsatzfähig** („geladen“) sein muss, um als „Schusswaffe“ zu gelten, war lange Zeit umstritten. Da in der seit dem 6. StRG 1998 vorzufindenden Formulierung die Waffe (und damit auch die Schusswaffe) als „Spezialfall“ eines gefährlichen Werkzeugs genannt wird, wird man nicht umhinkommen, als (Schuss) Waffe i.S.d. § 250 I Nr. 1a nur eine **objektiv gefährliche (Schuss)Waffe** zu bezeichnen.³³⁴ **Funktionsuntüchtige** und in der *konkreten Situation nicht einsatzbereite* Schusswaffen sind daher **nicht** unter den Begriff der „Waffe“ i.S.d. § 250 I Nr. 1a zu subsumieren.³³⁵ Aber auch hier gilt, dass die nicht schussbereit zu machende Schusswaffe ein „anderes gefährliches Werkzeug“ i.S.d. § 250 I Nr. 1a sein kann, wenn sie objektiv geeignet ist, bspw. als Schlagwerkzeug eingesetzt zu werden.³³⁶ Kann die

³³⁰ Dies verkennt *Rengier* (BT I, § 8 Rn 2), der behauptet, § 250 I Nr. 1a stimme mit § 244 I Nr. 1a überein, sodass bei § 250 I Nr. 1a die Ausführungen zu § 244 I Nr. 1a gelten würden. Damit suggeriert er eine Rechtslage, die tatsächlich nicht zutrifft.

³³¹ So auch BGHSt 48, 197 ff. (*Großer Senat*); *Tröndle/Fischer*, § 244 Rn 3f.

³³² Zum Begriff des Geschosses vgl. die Definition im Unterabschnitt 3 des Abschnitts 1 der Anlage 1 zum WaffG.

³³³ Vgl. Abschnitt 1, Unterabschnitt 1, Ziff. 1.1 der Anlage 1 zum WaffG.

³³⁴ Vgl. BGH NJW 1998, 3130; BGH NSTZ 2000, 156.

³³⁵ BGHSt 48, 197 ff. (*Großer Senat*); 45, 92, 93; *SK-Hoyer*, § 244 Rn 14; *Geppert*, Jura 1999, 599, 600.

³³⁶ BGHSt 44, 103, 105.

mitgeführte Schusswaffe allerdings ohne weiteres schussbereit (also einsatzbereit) gemacht werden (indem etwa die Munition griffbereit in der Hosentasche steckt), muss von einer Schusswaffe i.S.d. § 250 I Nr. 1a ausgegangen werden.

Für die Fallbearbeitung bietet sich – sofern das WaffenG nicht als zulässiges Hilfsmittel zugelassen ist – folgende Definition an:

Schusswaffen sind solche Gegenstände, bei denen Geschosse durch einen Lauf getrieben werden. Als **Geschosse** gelten feste Körper, gasförmige, flüssige oder feste Stoffe in Umhüllungen.

b.) Waffen: Waffen sind (neben den bereits behandelten Schusswaffen) alle sonstigen **Waffen im technischen Sinn**, also Objekte, die **bestimmungsgemäß** geeignet sind, **erhebliche Verletzungen** herbeizuführen.³³⁷ In Anwendung des WaffG gehören dazu zunächst die den Schusswaffen gleichgestellten, ebenfalls in der Anlage 1 zum WaffG näher beschriebenen tragbaren Gegenstände. Das sind zunächst solche Gegenstände, durch die **Munition verschossen** werden kann und die für die bei der Schusswaffe genannten Zwecke bestimmt sind. Darüber sind solche Gegenstände erfasst, bei denen bestimmungsgemäß **feste Körper gezielt verschossen** werden können, deren Antriebsenergie durch **Muskelkraft** eingebracht und durch eine Sperrvorrichtung gespeichert werden kann (z.B. Armbrüste).³³⁸

384

Da zu den Waffen im Übrigen auch geladene und einsatzbereite **Feuerwaffen**, und damit auch geladene **Schreckschuss-**, **Reizstoff-** und **Signalwaffen** zählen³³⁹, hat sich die nach früherem Recht äußerst umstrittene Frage, ob eine **Schreckschusswaffe** (das ist eine mit Platzpatronen geladene „Waffe“, bei der der Explosionsdruck nach vorne austritt) vom Begriff der (Schuss)Waffe umfasst ist oder „lediglich“ ein „anderes gefährliches“ Werkzeug darstellt, wenn sie zumindest unmittelbar am Körper des Opfers zum Einsatz gebracht oder als Schlagwerkzeug eingesetzt werden kann³⁴⁰, nach der Novellierung des WaffG erledigt. Die **geladene Schreckschusswaffe** ist nunmehr eine **Waffe** i.S.v. § 250!³⁴¹

384

Schließlich sind gem. der Anlage 1 zum WaffG **Gaspistolen**, also Pistolen, die mit Gaspatronen geladen sind und bei denen das Gas nach vorne durch den Lauf verschossen wird, den **Waffen im technischen Sinn** und damit § 250 I Nr. 1a zuzuordnen, sofern sie funktionstüchtig und auch geladen sind.³⁴² Denn dass von diesen eine objektive Gefährlichkeit ausgeht, liegt auf der Hand. Die Waffeneigenschaft dürfte nur dann entfallen, wenn die Pistole so konstruiert ist, dass das Gas nicht nach vorne aus der Mündung austreten kann.³⁴³ Hiervon unberührt bleibt aber die Möglichkeit, das Objekt als Schlagwerkzeug, also als „anderes gefährliches Werkzeug“ zu benutzen.

385

Zu den Waffen i.S.v. § 250 I Nr. 1a zählen schließlich die in § 1 II Nr. 2 WaffG genannten **tragbaren Gegenstände**,

386

⇒ die ihrem Wesen nach **dazu bestimmt sind**, die **Angriffs- oder Abwehrfähigkeit** von Menschen zu **beseitigen oder herabzusetzen**. Dazu zählen insbeson-

³³⁷ Vgl. BGHSt 48, 197 ff. (*Großer Senat*); 43, 266, 269; SK-Hoyer, § 244 Rn 8.

³³⁸ Vgl. Abschnitt 1, Unterabschnitt 1, Ziff. 1.2 der Anlage 1 zum WaffG.

³³⁹ Vgl. Abschnitt 1, Unterabschnitt 1, Ziff. 2 der Anlage 1 zum WaffG.

³⁴⁰ Vgl. dazu BGH NSTZ-RR 2002, 9; BGH NJW 2002, 2889; BGH NSTZ-RR 2002, 265 ff.; kritisch zu der Qualifikation der (geladenen) Schreckschusspistole als „Schusswaffe“ Fischer, NSTZ 2003, 569, 571 f.

³⁴¹ Klarstellend insoweit BGHSt 48, 197 ff. (*Großer Senat*) zu § 250.

³⁴² BGHSt 48, 197 ff. (*Großer Senat*); BGH NSTZ 2002, 31, 33; BGHSt 45, 92, 93 f. Inkorrekt BGH NSTZ 2006, 176, 177, der die Gaspistole als Schusswaffe bezeichnet.

³⁴³ BGH NSTZ 1999, 135 f.

dere **Hieb- und Stoßwaffen**, Gegenstände, die unter Ausnutzung einer anderen als mechanischen Energie Verletzungen beibringen (z.B. **Elektroimpulsgeräte**), und **Reizstoffsprühgeräte** (vgl. § 1 II Nr. 2a WaffG i.V.m. Ziff. 1 des Unterabschnitts 2 des Abschnitts 1 der Anlage 1 zum WaffG jeweils mit Legaldefinitionen) und

- ⇒ die, **ohne dazu bestimmt** zu sein, insbesondere **wegen ihrer Beschaffenheit, Handhabung oder Wirkungsweise geeignet sind**, die **Angriffs- oder Abwehrfähigkeit** von Menschen zu **beseitigen oder herabzusetzen**. Dazu zählen insbesondere **Springmesser, Fallmesser, Faustmesser und Butterflymesser** (vgl. § 1 II Nr. 2b WaffG i.V.m. Ziff. 2 des Unterabschnitts 2 des Abschnitts 1 der Anlage 1 zum WaffG jeweils mit Legaldefinitionen), aber auch **Dolche, Stilette, Säbel, Degen, Schlagringe, Schlagstöcke, Gummiknüppel, Handgranaten und Molotow-Cocktails**.

Für die Fallbearbeitung bietet sich folgende Definition an:

386a **Waffen** sind alle Waffen im technischen Sinn, also neben den Schusswaffen alle Gegenstände, die *bestimmungsgemäß* geeignet sind, erhebliche Verletzungen herbeizuführen.

386b **Keine Waffen** im technischen Sinn sind hingegen Äxte, Beile, Sensen, Schlachtmesser, „Schweizer Offiziersmesser“, Fahrten- und Taschenmesser, Schraubenzieher. Auch der **ungeladenen Schreckschusswaffe** fehlt die generelle Gefährlichkeit. Sie unterfällt daher – wie auch die ungeladene „echte“ Schusswaffe – **nicht** dem strafrechtlichen Waffenbegriff.³⁴⁴ Das Gleiche gilt hinsichtlich **Scheinwaffen** (Spielzeugpistolen etc.), da Waffen objektiv gefährlich sein müssen.

Hinweis für die Fallbearbeitung: Selbstverständlich bleibt stets die Möglichkeit unberührt, die genannten Gegenstände als „**andere gefährliche Werkzeuge**“ i.S.v. § 244 I Nr. 1a Var.2/§ 250 I Nr. 1a Var. 2 einzustufen (etwa wenn diese als „Schlagwerkzeuge“ eingesetzt werden). Bei Pistolenattrappen aus Gummi ist aber selbst dies fraglich. Diese unterfallen dann aber i.d.R. § 244 I Nr. 1b/§ 250 I Nr. 1b.

bb. Anderes gefährliches Werkzeug i.S.v. § 250 I Nr. 1a Var. 2

387 Hinsichtlich des Begriffs „**anderes gefährliches Werkzeug**“ in § 250 I Nr. 1a besteht ebenfalls (bis auf Unterschiede im Detail) volle Kongruenz zu § 244 I Nr. 1a, sodass auch bei § 250 I Nr. 1a nach dem Willen des Gesetzgebers grds. die zur Auslegung des § 223a a.F. (nun § 224 I Nr. 2) entwickelten Grundsätze übernommen werden müssten.³⁴⁵ Demnach müsste auch bezüglich des § 250 I Nr. 1a ein gefährliches Werkzeug als (körperfremder) Gegenstand definiert werden, der nach *seiner objektiven Beschaffenheit* und nach der *Art seiner Verwendung* im Einzelfall geeignet ist, erhebliche Körperverletzungen zuzufügen. Ließe man die Übertragung dieser Definition auf § 250 I Nr. 1a jedoch unreflektiert, wäre etwa die Räuberin, die eine andere Person überfällt und dabei in ihrer Handtasche (zufällig) eine Nagelfeile bei sich führt, nicht bloß aus § 249 I, sondern auch aus § 250 I Nr. 1a strafbar. Denn eine Nagelfeile ist nach ihrer objektiven Beschaffenheit nach der Art ihrer Verwendung

³⁴⁴ BGH StV 2004, 380.

³⁴⁵ Das Problem ist auch nach dem Beschluss des *Großen Senats* des BGH (BGHSt 48, 197 ff.) zur Schreckschusswaffe noch nicht geklärt, da der *Große Senat* durch die Bewertung von Schreckschusspistolen als „Waffen“ nicht die Frage zu klären brauchte, was unter einem „sonstigen gefährlichen Werkzeug“ i.S.v. §§ 244, 250 zu verstehen ist.