

Zwischenprüfungsklausur Strafrecht: „Handy und Bier“

Von Prof. Dr. Robert Esser, Wiss. Mitarbeiter Johannes Rochner, Passau*

Die Klausur wurde im Wintersemester 2011/2012 als Teil der Juristischen Zwischenprüfung gestellt (120 Minuten, mittlerer Schwierigkeitsgrad). Sie behandelt Standardprobleme der Eigentumsdelikte und nimmt Bezug auf eine aktuelle Rechtsprechung des BGH zum Begriff der Waffe i.S.v. § 250 Abs. 1 StGB. Die Durchfallquote lag bei 44,33 %.

Sachverhalt

Anton (A) veranlasst Siegfried (S) unter einem Vorwand, ihm sein Handy zu zeigen. Mit einem schnellen Griff nimmt A dem S das Handy aus der offenen Hand und verlangt für die Rückgabe, dass S sich bei ihm für das „Ausspannen“ seiner Freundin entschuldige. Von Anfang an kommt es dem A dabei nicht auf das Handy, sondern nur auf die Entschuldigung des S an. S jedoch lehnt die geforderte Entschuldigung ab. Hierauf fasst A den Entschluss, das Handy zu behalten und für eigene Zwecke zu verwenden. Nach Entnahme der SIM-Karte, die er dem S aushändigt, steckt A das Handy in seine Tasche und entfernt sich. S folgt dem A und fordert sein Handy zurück. Als A bemerkt, dass er von S verfolgt wird, wirft er, für S gut sichtbar, das Handy in ein Gebüsch am Straßenrand. Um den A an der Flucht zu hindern und der Polizei übergeben zu können, hält S den A an der Schulter fest und verletzt ihn dabei leicht. A gelingt dennoch die Flucht.

Durch seinen „Erfolg“ ermutigt, begibt sich A am folgenden Tag in den Supermarkt des Ottfried (O). Unter der Androhung, den O zusammenzuschlagen, nimmt er sich aus einem Regal des Supermarktes mehrere Bierdosen im Gesamtwert von 4,00 € und verstaut diese in einem von ihm mitgeführten Rucksack. Sodann schickt er sich an, das Geschäft zu verlassen. Da fasst O plötzlich neuen Mut und stellt sich dem A entgegen, um ihn am Verlassen des Geschäfts zu hindern. A ist von der plötzlichen Gegenwehr des O überrascht und reagiert genervt: Er befürchtet von dem schwächlichen O keine Gefahr für seine Beute, möchte aber den Supermarkt schnellstmöglich verlassen, da er noch einen wichtigen Termin hat. Also zieht er kurzerhand eine in seiner Hosentasche befindliche Pistole, richtet diese auf O und droht damit, den O zu erschießen. Die Pistole ist nicht geladen, A führt jedoch die passende Munition in seiner Jackentasche bei sich. Der eben gefasste Mut verlässt den O daraufhin sofort. A kann mit der Beute den Supermarkt verlassen.

Bearbeitervermerk

Strafbarkeit von S und A? Etwaige erforderliche Strafanträge sind gestellt. Auf §§ 241; 253, 255 StGB ist nicht einzugehen.

* Prof. Dr. Robert Esser ist Inhaber des Lehrstuhls für Deutsches, Europäisches und Internationales Strafrecht und Strafprozessrecht sowie Wirtschaftsstrafrecht an der Universität Passau; Johannes Rochner ist als Wissenschaftlicher Mitarbeiter an diesem Lehrstuhl tätig.

Lösung

Tatkomplex 1: Geschehen um das Handy

A. Strafbarkeit des A

I. § 242 Abs. 1 StGB (Handy)

A könnte sich dadurch, dass er dem S das Handy aus der offenen Hand genommen hat, wegen Diebstahls gem. § 242 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben.

1. Objektiver Tatbestand

Das Handy des S stellt eine fremde, bewegliche Sache und damit ein taugliches Tatobjekt dar. Dieses Tatobjekt müsste der A weggenommen haben. Unter einer Wegnahme versteht man den Bruch fremden und die Begründung neuen, nicht notwendigerweise tätereigenen Gewahrsams. Die Gewahrsamsverhältnisse richten sich nach der sog. Verkehrsanschauung. Gewahrsam meint die von einem generellen Herrschaftswillen getragene tatsächliche Sachherrschaft über eine Sache. Als S dem A das Handy vorzeigte, hatte der S Gewahrsam an seinem Handy. Der Umstand, dass S das Handy in der offenen Hand hatte, führte nicht zu einer sog. Gewahrsamslockerung, da auch die offene Hand noch so eng mit der Sphäre des Handelnden verbunden ist, dass hier nicht von einer faktischen Zugriffsmöglichkeit einer anderen Person gesprochen werden kann.¹ Diesen Gewahrsam des S müsste der A gebrochen haben, als er dem S das Handy mit einem schnellen Griff aus der Hand nahm. Der Täter bricht fremden Gewahrsam, wenn der bisherige Gewahrsamsinhaber nicht ohne die Beseitigung der faktischen Sachherrschaft des Täters Zugriff auf den Gegenstand haben kann.² Als A dem S das Handy aus der offenen Hand entnahm, konnte der S nicht mehr ohne faktische Probleme auf sein Handy zugreifen. Mit der Verbringung des Handys in seine Hand übte der A von nun an die tatsächliche Sachherrschaft über das Handy aus. Er begründete damit zugleich neuen Gewahrsam.³ A nahm das Handy an sich, die tatsächliche Sachherrschaft, getragen von einem Herrschaftswillen, lag bei ihm vor. A hat dem S das Handy weggenommen. Der objektive Tatbestand des § 242 Abs. 1 StGB liegt vor.

¹ Zu Fällen der Gewahrsamslockerung vgl. *Eser/Bosch*, in: *Schönke/Schröder*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Aufl. 2010, § 242 Rn. 26 m.w.N. Das täuschungsbedingte („Vorwand“) Vorzeigen des Handys führt dementsprechend noch nicht zu einer irrtumsbedingten Vermögensverfügung i.S.v. § 263 StGB. Es fehlt an einer erforderlichen Vermögensminderung, jedenfalls an deren Unmittelbarkeit.

² *Vogel*, in: *Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann* (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 8, 12. Aufl. 2010, § 242 Rn. 87.

³ Vgl. zum Merkmal der tatsächlichen Sachherrschaft *Vogel* (Fn. 2), § 242 Rn. 93.

2. Subjektiver Tatbestand

a) Vorsatz

A müsste vorsätzlich, d.h. mit Wissen und Willen bzgl. der Merkmale des objektiven Tatbestandes gehandelt haben. A wusste, dass es sich bei dem Handy des S um eine für ihn fremde, bewegliche Sache handelte. Auch war ihm klar, dass mit der Entnahme des Handys aus der Hand des S dessen Gewahrsam gebrochen und zugleich neuer Gewahrsam bei ihm begründet wurde. Ein entsprechender Vorsatz bzgl. der Wegnahme einer fremden beweglichen Sache lag demnach vor.

b) Zueignungsabsicht

A müsste des Weiteren mit der von § 242 Abs. 1 StGB geforderten Zueignungsabsicht gehandelt haben. Die sog. Aneignungskomponente verlangt, dass die Handlung in der Absicht erfolgt, sich die Sache wenigstens vorübergehend anzueignen, d.h. wie ein Eigentümer über sie zu verfahren. Diesbezüglich verlangt § 242 Abs. 1 StGB eine Absicht im technischen Sinne.⁴ A wollte mit der Entnahme des Handys aus der Hand des S erreichen, dass dieser sich bei ihm für das Ausspannen seiner Freundin entschuldigte. Für diesen kurzen Zeitraum wollte der A sich wie ein Eigentümer über die Sache auführen.⁵ Eine entsprechende Aneignungsabsicht lag dementsprechend bei ihm vor.

Fraglich ist allerdings das Vorliegen der sog. Enteignungskomponente der Zueignungsabsicht. Dafür muss der Handelnde den Eigentümer dauerhaft aus seiner Eigentümerstellung verdrängen wollen. Diesbezüglich verlangt § 242 Abs. 1 StGB lediglich *dolus eventualis*.⁶ Hier hatte A von vornherein vor, dem S im Falle der von ihm erwarteten Entschuldigung das Handy wieder auszuhändigen, d.h. keine Absicht bzgl. einer Enteignung im Zeitpunkt der Wegnahme. Ein entsprechender Wille des A wurde erst später entwickelt, nachdem der S die geforderte Entschuldigung abgelehnt hatte.

Zum Zeitpunkt der Tathandlung (Wegnahme) fehlte dem A die von § 242 Abs. 1 StGB geforderte Zueignungsabsicht.

A hat sich nicht wegen § 242 Abs. 1 StGB (Diebstahl) schuldig gemacht.

II. § 246 Abs. 1 StGB (Handy/SIM-Karte)

Durch das Einstecken des Handys in seine Tasche könnte sich der A wegen Unterschlagung gem. § 246 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben.

⁴ S. Vogel (Fn. 2), § 242 Rn. 151; Eser/Bosch (Fn. 1), § 242 Rn. 60 ff.; BGH NStZ-RR 2007, 15.

⁵ Häufig wird auch latinisierend von „se ut dominum gerere“ gesprochen.

⁶ Vgl. zur h.M. Vogel (Fn. 2), § 242 Rn. 144 m.w.N.; Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 60. Aufl. 2013, § 242 Rn. 41. A.A. Gössel, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 1996, § 7 Rn. 109 ff.; Schmitz, in: Dannecker (Hrsg.), Festschrift für Harro Otto zum 70. Geburtstag am 1. April 2007, 2007, S. 759 (S. 773).

1. Objektiver Tatbestand

Das Handy (einschließlich der SIM-Karte) stellt eine fremde, bewegliche Sache und damit ein taugliches Tatobjekt des § 246 Abs. 1 StGB dar.

Als erforderliche Tathandlung verlangt § 246 Abs. 1 StGB eine sog. Zueignung, die sich ihrerseits aus einem objektiven Element und einem subjektiven Element zusammensetzt.⁷ Der A müsste mit dem Willen zur dauernden Enteignung, mindestens mit *dolus eventualis*, gehandelt haben.⁸ Bzgl. der SIM-Karte, die A dem S zurückgab bevor er das Handy einsteckte, fehlte dem A evident jede Aneignungskomponente einer intendierten Zueignung. Bzgl. des Handys lässt sich eine solche freilich bejahen, da es dem A darauf ankam, sich wie ein Eigentümer über das Handy zu gerieren.

Es fragt sich, ob der Umstand, dass der A das Handy später wieder wegwarf, einer solchen Zueignung, insb. speziell der Aneignungskomponente (s.o.), entgegensteht. Streng chronologisch gesehen, fasste A den Willen, das Handy wegzuworfen, erst später. Zum Zeitpunkt des Einsteckens des Handys in die Tasche liegt ein Zueignungswille des A vor. Der später gefasste Entschluss, das Handy wegzuworfen, ist als *dolus subsequens* im Hinblick auf das Simultanitätsprinzip (§§ 8, 16 StGB) unbeachtlich.⁹

Dieser Zueignungswille des A wird auch durch ein objektives Element manifestiert: das Einstecken des Handys in die Hosentasche.

Mangels eines fälligen, einredefreien Anspruchs des A auf das Handy des S war die manifestierte Zueignung auch rechtswidrig.¹⁰

2. Subjektiver Tatbestand

A handelte bzgl. der Zueignung des Handys mit Wissen und Willen, und damit vorsätzlich.

3. Rechtswidrigkeit

Die Tat ist rechtswidrig, wenn kein Rechtfertigungsgrund ersichtlich ist. Ein solcher ist im vorliegenden Fall nicht erkennbar, daher ist die Tat rechtswidrig.

4. Schuld

Die Tat ist schuldhaft begangen, wenn weder Schuldausschluss- noch Entschuldigungsgründe vorliegen. Solche sind im vorliegenden Fall nicht ersichtlich, so dass die Tat schuldhaft begangen ist.

⁷ Vgl. Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 14. Aufl. 2012, § 7 Rn. 7 ff. Vertiefend Vogel (Fn. 2), § 242 Rn. 20 ff.

⁸ Str., nach h.M. bei § 246 StGB im Gegensatz zu § 242 StGB ausreichend; vgl. Eser/Bosch (Fn. 1), § 246 Rn. 24; Vogel (Fn. 2), § 246 Rn. 54; Fischer (Fn. 6), § 246 Rn. 20. A.A. RGSt 4, 404 (405); 42, 420 (421); Kindhäuser, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 7. Aufl. 2013, § 6 Rn. 37; Küper, Strafrecht, Besonderer Teil, 8. Aufl. 2012, S. 486.

⁹ S. Krey/Esser, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 5. Aufl. 2012, Rn. 405 f.

¹⁰ Vgl. zur Rechtswidrigkeit der beabsichtigten Zuordnung Rengier (Fn. 7), § 2 Rn. 86 ff.; Vogel (Fn. 2), § 246 Rn. 55 ff.

5. Strafantrag

Für die Verfolgung der Tat ist ein Strafantrag erforderlich, wenn es sich beim Handy um eine sog. geringwertige Sache handelte (§ 248a StGB). Bei einem Handy ist von einem Verkehrswert von gewöhnlich über 50 €¹¹ auszugehen, so dass für die Verfolgung der Tat kein Strafantrag erforderlich ist.

A hat sich wegen Unterschlagung gem. § 246 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

III. § 240 Abs. 1 StGB (Fordern der Entschuldigung)

Durch das Einfordern einer Entschuldigung und der damit verbundenen Drohung, das Handy des A einzubehalten, könnte sich S einer Nötigung (§ 240 Abs. 1 StGB) strafbar gemacht haben.

1. Objektiver Tatbestand

a) Nötigungsmittel

Als Nötigungsmittel kommen gemäß § 240 Abs. 1 StGB Gewalt oder eine Drohung mit einem empfindlichen Übel in Betracht. Im vorliegenden Fall übte S auf den A durch die Drohung, sein Handy einzubehalten weder einen unüberwindbaren Zwang i.S.e. vis absoluta noch eine dieser nahe kommende vis compulsiva (willensbeugende Gewalt) aus.¹²

Die Drohung, das Handy des A einzubehalten, könnte jedoch eine Drohung mit einem empfindlichen Übel darstellen. Ein Übel kann jeder Nachteil sein. Empfindlich ist das Übel dann, wenn es einen besonnenen Menschen dazu verleitet, dem Täterverlangen nachzukommen.¹³ Der Täter droht mit dem empfindlichen Übel, wenn er es in Aussicht stellt und den Eindruck erweckt, er habe auf dessen Eintritt Einfluss.¹⁴

Sein Handy nicht zurück zu erhalten, stellt für A einen (mindestens wirtschaftlichen) Nachteil dar. Dieser Nachteil ist auch geeignet, einen besonnenen Menschen zur Befolgung des Täterwillens zu bewegen. Schließlich stellt S dem A den Eintritt des von ihm angedrohten Übels in Aussicht und suggeriert unzweifelhaft, auch Einfluss auf dessen Eintreten zu haben.

b) Nötigungserfolg

Fraglich ist allerdings, ob der Erfolg der Nötigung auch eingetreten ist.

Der Erfolg der Nötigung ist das Eintreten des durch den Täter erstrebten Opferverhaltens. Dieses kann in einem Handeln, Dulden oder Unterlassen bestehen.¹⁵

¹¹ Die Rspr. zieht die Geringwertigkeitsgrenze derzeit bei 25-30 €; vgl. *Fischer* (Fn. 6), § 248a Rn. 3a m.w.N.

¹² Zum in seinem Umfang umstrittenen strafrechtlichen Gewaltbegriff vgl. *Krey/Hellmann/Heinrich*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 15. Aufl. 2012, Rn. 368 ff.; *Swoboda*, JuS 2008, 862.

¹³ Vgl. dazu und zum vorstehenden *Krey/Hellmann/Heinrich* (Fn. 12), Rn. 374.

¹⁴ Vgl. *Krey/Hellmann/Heinrich* (Fn. 12), Rn. 373.

¹⁵ Da das Handeln des A nicht auf die Vornahme einer Vermögensverfügung bei S gerichtet war, kommt nach h.L. § 253 StGB nicht in Betracht (vgl. Bearbeitervermerk).

Im vorliegenden Fall begehrte A von S eine Entschuldigung für das „Ausspannen“ seiner Freundin. Diese Entschuldigung gewährte S dem A jedoch nicht. Der Nötigungserfolg ist also ausgeblieben.

2. Zwischenergebnis

Somit ist die Nötigung nicht vollendet; A hat sich nicht gemäß § 240 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.¹⁶

IV. §§ 240 Abs. 1, Abs. 3; 12 Abs. 2; 22 f. StGB

1. Keine Vollendung, Strafbarkeit des Versuchs

Mangels Eintritts eines Nötigungserfolgs ist die Tat des A zum Nachteil des S nicht vollendet.

Der Versuch der Nötigung ist nach §§ 240 Abs. 1, Abs. 3; 12 Abs. 2; 22 f. StGB strafbar.

2. Tatentschluss

A hatte Vorsatz bzgl. der Nötigungshandlung und eines Nötigungserfolgs zum Nachteil des S.

3. Unmittelbares Ansetzen

Durch das Drohen mit dem Einhalten des Handys hatte A aus seiner Sicht alles Notwendige getan (Nötigungshandlung), damit es zum Eintritt des Nötigungserfolgs und damit zur Verwirklichung des Delikts kommt. Er hat somit unmittelbar zur Vollendung der Nötigung angesetzt.

4. Rechtswidrigkeit

a) Rechtfertigungsgründe

Rechtfertigungsgründe sind nicht ersichtlich. Die Tat ist damit auch rechtswidrig.

b) Verwerflichkeit (§ 240 Abs. 2 StGB)

Neben dem Nichtvorliegen von Rechtfertigungsgründen verlangt § 240 Abs. 2 StGB, dass die Nötigungshandlung als verwerflich anzusehen ist.

Verwerflich ist die tatbestandliche Nötigung dann, wenn der Nötigungszweck zu dem verwendeten Nötigungsmittel in keinem sittlich angemessenen Verhältnis mehr steht und die Tat damit strafwürdig erscheint.¹⁷

Der von A angestrebte Nötigungserfolg, das Erlangen einer Entschuldigung des S, und das von ihm eingesetzte Nötigungsmittel, das Drohen mit dem Einhalten des Handys des S, stehen in keinem angemessenen Verhältnis: Zur Erlangung der begehrten Entschuldigung hätte A auch mildere Mittel wählen können; es hätte keiner Drohung mit einer Besitzent-

¹⁶ Vgl. zur Vollendung der Nötigung *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 13. Aufl. 2012, Rn. 54 ff.; *Küpper*, in: *Leipold/Tsambikakis/Zöller* (Hrsg.), *AnwaltKommentar StGB*, 2010, § 240 Rn. 18 ff.; BGH NStZ 1987, 70 (71); BGH NStZ 2004, 442 (443); BGH NStZ-RR 2006, 77.

¹⁷ Vgl. BGHSt 18, 389 (391) = BGH NJW 1963, 1629; BGH NStZ-RR 2011, 143 (144); BayObLG NJW 1995, 269 (270). Vgl. zur Verwerflichkeit bei der Nötigung auch *Roxin*, JuS 1964, 373 (376 ff.).

ziehung bzw. deren Aufrechterhaltung bedurft. Das Verhalten des A ist vielmehr sittlich zu missbilligen und verlangt nach einer Zurechtweisung durch das Strafrecht.

Die Tat ist damit auch rechtswidrig.

5. Schuld

Schuldausschließungs- und Entschuldigungsgründe sind nicht ersichtlich. Damit ist die versuchte Nötigung auch schuldhaft begangen.

B. Strafbarkeit des S

§ 223 Abs. 1 StGB (Festhalten des A)

S könnte sich dadurch, dass er nach der Verfolgung den A an der Schulter festhielt und ihn dabei leicht verletzte, einer Körperverletzung nach § 223 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben.

1. Objektiver Tatbestand

Das Festhalten an der Schulter und die dadurch hervorgerufene leichte Verletzung des A stellt eine üble, unangemessene Behandlung dar, durch die die körperliche Unversehrtheit des A nicht nur unerheblich beeinträchtigt wird. Eine leichte Verletzung stellt darüber hinaus regelmäßig auch einen pathologischen Zustand und damit eine Gesundheitsschädigung i.S.d. § 223 Abs. 1 StGB dar.¹⁸ Der erforderliche Taterfolg liegt demnach vor.

2. Subjektiver Tatbestand

A müsste vorsätzlich, d.h. mit Wissen und Wollen gehandelt haben. Es ist bei lebensnaher Sachverhaltsinterpretation davon auszugehen, dass dem S beim Griff an die Schulter des A klar war, dass er ihn dadurch zumindest leicht verletzen könnte. Die Möglichkeit einer solchen Verletzung hatte der S sich dementsprechend ernstlich überlegt und sich mit einer solchen Folge abgefunden bzw. diese billigend in Kauf genommen.¹⁹ Der erforderliche Vorsatz hier in Form des *dolus eventualis* liegt demnach vor.

3. Rechtswidrigkeit

Die Tat des S könnte durch Notwehr, § 32 StGB, gerechtfertigt sein. Voraussetzung dafür ist auf objektiver Ebene das Vorliegen einer sog. Notwehrlage, d.h. eines gegenwärtigen, rechtswidrigen Angriffs auf ein notwehrfähiges Rechtsgut des S.²⁰ Als ein solcher Angriff kommt hier das Handeln des A, die Unterschlagung des Handys durch den A, § 246 Abs. 1 StGB, in Betracht.²¹ Darin könnte ein Angriff auf das Eigentum des S zu sehen sein. Dieser müsste allerdings noch gegenwärtig sein. Gegenwärtig ist ein Angriff, der unmittelbar

bevorsteht, gerade stattfindet oder noch fort dauert.²² A hat das Handy bereits weggeworfen, als der S den A an der Schulter ergriff. Damit war der Angriff auf das Eigentum des S bereits beendet. Ein gegenwärtiger rechtswidriger Angriff und damit eine Notwehrlage lag nicht mehr vor.

S könnte allerdings durch das sog. Jedermann-Festnahmerecht, § 127 Abs. 1 S. 1 StPO, gerechtfertigt sein. Auf objektiver Ebene müsste der A von S auf frischer Tat betroffen oder verfolgt sein. Dafür ist erforderlich, dass der A in unmittelbarem Zusammenhang mit der Tat betroffen wird.²³ Dass der Angriff auf das Eigentum des S noch gegenwärtig ist, ist dafür nicht erforderlich. Der Umstand, dass A das Handy bereits weggeworfen hatte, als S ihn an der Schulter ergriff, steht der Annahme einer frischen Tat i.S.d. § 127 Abs. 1 S. 1 StPO demnach nicht entgegen. Auch bestand in der Person des A ein entsprechender Fluchtverdacht. Eine Festnahmelage i.S.d. § 127 Abs. 1 S. 1 StPO lag damit vor.

S müsste auch eine zulässige Festnahmebehandlung vorgenommen haben. Es stellt sich die Frage, ob auch Körperverletzungen von § 127 Abs. 1 S. 1 StPO erfasst sind. Nach h.M. sind Körperverletzungen dann gerechtfertigt, wenn sie lediglich leichte Folgen haben und im Zusammenhang mit der Festnahme stehen.²⁴ Das ist vorliegend durch den Griff an die Schulter nach einer unmittelbaren Verfolgung der Fall. Die Festnahmebehandlung des S ist dementsprechend auch von § 127 Abs. 1 S. 1 StPO gedeckt.

Die Festnahmebehandlung des S müsste auch erforderlich gewesen sein, um den A an der Flucht zu hindern. Erforderlich war die Festnahmebehandlung dann, wenn dem S kein relativ milderes Mittel zur Verfügung stand; die Festnahmebehandlung muss zum Festnahmezweck in einem „angemessenen Verhältnis stehen“.²⁵ Im vorliegenden Fall stand dem S zur Festnahme des A kein relativ milderes, gleich wirksames Mittel zur Festnahme als das Festhalten des A an der Schulter zur Verfügung. Festnahmemittel und Festnahmezweck standen hier auch nicht derart außer Verhältnis, dass eine Rechtfertigung des S nicht mehr tragbar erscheint.

Auf subjektiver Ebene verlangt § 127 Abs. 1 S. 1 StPO einen sog. Festnahmewillen.²⁶ Der S müsste daher in der Absicht gehandelt haben, den festgenommenen A durch die Festnahme der Strafverfolgung zuzuführen. Der S griff den A genau deswegen an der Schulter, um ihn an der Flucht zu hindern und der Polizei übergeben zu können. S handelte dementsprechend mit dem von § 127 Abs. 1 S. 1 StPO geforderten Festnahme-

²² Vgl. zum Begriff der Gegenwärtigkeit *Krey/Esser* (Fn. 9), Rn. 485 ff.

²³ Vgl. zum Tatbestandsmerkmal „auf frischer Tat“ *Krey/Esser* (Fn. 9), Rn. 642.

²⁴ S. *Krey/Esser* (Fn. 9), Rn. 651; *Hilger*, in: Erb u.a. (Hrsg.), *Löwe/Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz*, Bd. 4, 26. Aufl. 2007, § 127 Rn. 28; BGHSt 45, 378 (381) = BGH NJW 2000, 1348 (1349).

²⁵ BGHSt 45, 378 (381) = BGH NJW 2000, 1348 (1349) mit Beispielen zur Unverhältnismäßigkeit von Festnahmebehandlung und Festnahmezweck (Schusswaffengebrauch, lebensgefährliches Würgen).

²⁶ Vgl. *Krey/Esser* (Fn. 9), Rn. 654.

¹⁸ Vgl. dazu *Rengier* (Fn. 16), § 13 Rn. 13.

¹⁹ Umfassend zu den Voraussetzungen des *Eventualvorsatzes* *Krey/Esser* (Fn. 9), Rn. 386 ff.

²⁰ Vgl. *Krey/Esser* (Fn. 9), Rn. 473 ff.

²¹ Die (versuchte) Nötigung ist dagegen vollständig abgeschlossen.

willen. Die objektiven und subjektiven Voraussetzungen des Jedermann-Festnahmerechts aus § 127 Abs. 1 S. 1 StPO liegen vor. Die Tat ist damit gerechtfertigt.

S hat sich nicht wegen Körperverletzung nach § 223 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.²⁷

Tatkomplex 2: Im Supermarkt

Strafbarkeit des A

I. § 249 Abs. 1 StGB (Bierdosen)

A könnte sich dadurch, dass er unter Androhung, den O zusammenzuschlagen, sich mehrere Bierdosen aus dem Regal nahm und diese in seinem mitgeführten Rucksack verstaute, eines Raubes gemäß § 249 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben.

1. Objektiver Tatbestand

Die Bierdosen standen im Eigentum des Supermarktinhabers O, waren demzufolge für A eine fremde Sache. Die Bierdosen waren auch beweglich und damit ein taugliches Tatobjekt. Die Bierdosen müsste der A weggenommen haben.²⁸ Unter einer Wegnahme versteht man den Bruch fremden und die Begründung neuen, nicht notwendigerweise tätereigenen Gewahrsams (s.o.). Durch das Herausnehmen der Bierdosen aus dem Regal, spätestens mit dem Verstauen in dem von ihm mitgeführten Rucksack, beendete der A die tatsächliche Sachherrschaft des O an den Bierdosen und brach damit dessen Gewahrsam. Zugleich wurde mit dem Verstauen der Bierdosen in dem von A mitgeführten Rucksack neuer Gewahrsam des A begründet (sog. Gewahrsamsenklaue).²⁹

A müsste die Wegnahme mit einem qualifizierten Nötigungsmittel begangen haben. Die Anwendung von Gewalt gegen eine Person scheidet vorliegend aus. In Betracht kommt aber die Androhung von gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben des O. A hatte dem O gedroht, ihn zusammenzuschlagen. Darin ist eine Androhung von Gefahr zumindest für den Leib des O zu sehen. Ein qualifiziertes Nötigungsmittel lag demnach vor.

²⁷ Dies gilt auch für eine mit dem Festhalten Tateinheitlich begangene (versuchte) Freiheitsberaubung (§ 239 Abs. 2 StGB) bzw. Nötigung (§ 240 StGB); zu deren Abgrenzung beim Festhalten einer Person vgl. *Krey/Hellmann/Heinrich* (Fn. 12), Rn. 359 ff.

²⁸ Auf eine nähere Abgrenzung vom Raub (§ 249 StGB) zur räuberischen Erpressung (§§ 253, 255 StGB) wurde bewusst verzichtet (vgl. Bearbeitervermerk), denn sowohl nach dem äußeren Anschein (Geben/Nehmen) als auch nach der inneren Willensrichtung des Opfers stellt sich das Delikt hier als Fremdschädigungsdelikt dar; vgl. zum Verhältnis von § 249 StGB zu §§ 253, 255 StGB: *Sinn*, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 120. Lfg. 2009, vor § 249 Rn. 5 ff.

²⁹ Zur Begründung neuen Gewahrsams durch Verbringen in eine Gewahrsamsenklaue vgl. *Vogel* (Fn. 2), § 242 Rn. 96; *Eser/Bosch* (Fn. 1), § 242 Rn. 39.

Dieses müsste final mit der Wegnahme der Bierdosen verknüpft gewesen sein.³⁰ A hatte die Drohung gegenüber O gerade zu dem Zweck ausgesprochen, die Bierdosen aus dem Regal nehmen zu können. Damit bestand auch die von § 249 Abs. 1 StGB geforderte kausale Verknüpfung.

Der objektive Tatbestand des § 249 Abs. 1 StGB liegt vor.

2. Subjektiver Tatbestand

A müsste vorsätzlich, d.h. mit Wissen und Willen bzgl. der Merkmale des objektiven Tatbestands gehandelt haben. A wusste, dass die Dosen sich im Eigentum des O befanden. Auch war ihm klar, dass er durch das Verbringen der Dosen in dem von ihm mitgeführten Rucksack einen Gewahrsamswechsel und damit eine Wegnahmehandlung vornahm. Dass die von ihm ausgesprochene Androhung gerade die Wegnahme erleichtern soll, war ein zentraler Teil des Plans des A.

A müsste auch mit der von § 249 Abs. 1 StGB geforderten Zueignungsabsicht gehandelt haben. Bei A lagen bzgl. der Bierdosen sowohl die Aneignungs- als auch die Enteignungskomponente (s.o.) vor. Die angestrebte Zueignung war auch rechtswidrig, da A keinen fälligen, einredefreien Anspruch auf die Bierdosen hatte.

Der subjektive Tatbestand des § 249 Abs. 1 StGB ist erfüllt.

3. Rechtswidrigkeit

Die Tat ist rechtswidrig begangen, da kein Rechtfertigungsgrund eingreift.

4. Schuld

Die Tat ist schuldhaft begangen, da weder Schuldtauschließungs- noch Entschuldigungsgründe eingreifen.

5. Strafverfolgungsvoraussetzungen/Strafantrag

Für die Verfolgung der Tat könnte ein Strafantrag erforderlich sein. Bei den Bierdosen handelt es sich um geringwertige Sachen i.S.v. § 248a StGB (Wertgrenze 50 €). Indes verweist diese Vorschrift nur auf die §§ 242, 246 StGB, nicht allerdings auf den Raubtatbestand (§ 249 Abs. 1 StGB).³¹ Für die Verfolgung der Tat ist demzufolge kein Strafantrag erforderlich.

II. Raubqualifikationen (§ 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. a, Abs. 2 Nr. 1 StGB)

1. Tatbestand des Grunddelikts, § 249 Abs. 1 StGB

Der Grundtatbestand des Raubes, § 249 Abs. 1 StGB, ist erfüllt (s.o.).

³⁰ Zu dem im Einzelnen strittigen Bedeutungsgehalt der Finalität vgl. nur *Fischer* (Fn. 6), § 249 Rn. 6 m.w.N.

³¹ Vgl. *Kretschmer*, in: *Leipold/Tsambikakis/Zöllner* (Fn. 16), § 248a Rn. 2; BGH NSTZ-RR 1998, 103.

2. Tatbestand der Qualifikation, § 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. a StGB

a) Objektiver Tatbestand

Es ist zu prüfen, ob A bei der Tat eine Waffe bei sich führte. In der Hosentasche des A befand sich eine nicht geladene Pistole. Diese selbst war zur Verletzung von Menschen geeignet und bestimmt und damit eine taugliche Waffe i.S.v. § 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. a StGB. Allerdings könnte der Umstand, dass sie nicht geladen war, der Waffenqualität entgegenstehen. Grds. setzt die erhöhte abstrakte Gefährlichkeit bei § 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. a StGB eine funktionsfähige und einsatzfähige Waffe voraus.³² Bisher haben Rechtsprechung und Literatur es bei ungeladenen Waffen ausreichen lassen, dass die passende Munition aber griffbereit mitgeführt wird.³³ Die Ansicht des BGH zu § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB (Verwenden einer Waffe), wonach ungeladene Gaspistolen nicht mehr die Voraussetzung dieser Qualifikation erfüllen, auch wenn die Ladung der Waffe mit wenigen Handgriffen hergestellt werden kann,³⁴ könnte der bisherigen Position allerdings entgegenstehen. Es bleibt unklar, ob der BGH sich dabei lediglich auf den Begriff des Verwendens (Tathandlung) oder auch schon auf den Begriff der Waffe (Tatmittel) bezogen hat oder beide Begriffe in Kombination meint.³⁵ Da es bei § 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. a StGB auf die abstrakte Gefährlichkeit ankommt, wohingegen § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB auf die konkrete Verwendung abstellt, spricht mehr dafür, auch bei einer nicht geladenen, aber jederzeit aufmunitionierbaren Waffe von einer solchen i.S.v. § 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. a StGB auszugehen.

Für das Bei-sich-Führen der Waffe genügt jedes Mitführen des betreffenden Gegenstandes mit sachgedanklichem Bewusstsein, dass es sich dabei um eine Waffe handelt. A hatte die Waffe in seiner Hosentasche. Von einem Bei-sich-Führen i.S.v. § 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. a StGB ist daher auszugehen.³⁶

b) Subjektiver Tatbestand

A hatte auch Vorsatz bzgl. der Waffenqualität der Pistole und des Bei-sich-Führens derselben.³⁷

Der Tatbestand des § 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. a StGB ist damit erfüllt.

³² BGHSt 45, 92 (93) = BGH NJW 1999, 2198.

³³ BGH NStZ 1985, 547; BGH NStZ 2001, 88 (89); Rengier (Fn. 7), § 4 Rn. 11; Fischer (Fn. 6), § 244 Rn. 27.

³⁴ BGHSt 45, 249 (251 f.) = BGH NJW 2000, 1050 m. Anm. Hannich/Kudlich, NJW 2000, 3475; BGH NStZ-RR 2008, 342. Vgl. auch BGH NStZ-RR 2006, 205 zum inhaltsgleichen § 177 Abs. 4 Nr. 1 StGB.

³⁵ Vgl. Hannich/Kudlich, NJW 2000, 3475.

³⁶ Vgl. dazu Hannich/Kudlich, NJW 2000, 3475; Rengier (Fn. 7), § 4 Rn. 13.

³⁷ Nach h.M. ist bzgl. des Bei-sich-Führens lediglich ein sachgedankliches Mitbewusstsein vonnöten, vgl. BGHSt 43, 8 (14) = BGH NJW 1997, 1717 (1718); OLG Hamm NStZ 2007, 473 (474); Rengier (Fn. 7), § 4 Rn. 56.

3. § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB

A könnte die Pistole als Waffe auch i.S.v. § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB verwendet haben. Geht man davon aus, dass auch die neuere Rechtsprechung den Waffenbegriff selbst unangetastet lassen will, so ist auch bei einer ungeladenen Waffe, die jederzeit aufmunitioniert werden kann, von einer solchen auszugehen (s.o.).

A müsste diese Waffe auch verwendet haben, und zwar zum Zeitpunkt der Tat. Unstreitig ist vom Begriff „bei der Tat“ der Zeitraum zwischen Versuchsbeginn und Vollendung der Wegnahme erfasst.³⁸ Hier ist die Wegnahme mit dem Einstecken der Bierdosen in den eigenen, mitgeführten Rucksack vollendet (sog. Gewahrsamsenklaue). Ob von einem Verwenden auch zwischen Vollendung und Beendigung der Wegnahme gesprochen werden kann (Letztere wäre erst mit dem Verlassen des Supermarktes anzunehmen), ist umstritten. Die Literatur lehnt dies mit dem Hinweis auf Art. 103 Abs. 2 GG überzeugend ab, da § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB zu diesem Zeitpunkt nur über den Tatbestand des Räuberischen Diebstahls (§ 252 StGB) zur Anwendung gelangen könne.³⁹

Nach ständiger Rechtsprechung kann indes auch bis zur Beendigung der Tat das Qualifikationsmittel „bei der Tat“ verwendet werden.⁴⁰ Neuerdings beschränkt der BGH jedoch die Verwendung zwischen Vollendung und Beendigung und fordert für den Einsatz von Waffen oder sonstigen Qualifikationsmitteln zu diesem Zeitpunkt eine fortdauernde Zueignungsabsicht, die sich prototypisch in einer Beutesicherungsabsicht äußere.⁴¹

Der Streit muss letztlich nicht entschieden werden, kommen doch beide Ansichten zum gleichen Ergebnis: nach Ansicht der Literatur ist ein Einsatz der Waffe nach Vollendung der Tat nicht mehr möglich, nach Ansicht der Rechtsprechung erfordert er zumindest eine fortdauernde überschießende Inrentendenz (hier Zueignungsabsicht) auf subjektiver Seite. Diese ist hier jedoch nicht gegeben, A kam es zu diesem Zeitpunkt nur noch darauf an, seinen Termin wahrnehmen zu können.

A hat den Qualifikationstatbestand des § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB nicht verwirklicht.

³⁸ Fischer (Fn. 6), § 250 Rn. 18; Vogel (Fn. 2), § 250 Rn. 36 m.w.N.

³⁹ Vgl. Vogel (Fn. 2), § 250 Rn. 36; Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar, 27. Aufl. 2011, § 244 Rn. 2; Mitsch, JR 2009, 298 (299 f.).

⁴⁰ Vgl. BGHSt 38, 295 (299) = BGH NJW 1992, 2103: „Eine ausreichende Begründung, einen sich den Fluchtweg freischießenden Täter besser zu stellen als einen, der die Schusswaffe zur Wegnahme einsetzt, ist nicht zu erkennen.“ S.a. BGHSt 52, 376 = NJW 2008, 3651; BGHSt 53, 234 = NJW 2009, 3041.

⁴¹ Vgl. BGHSt 53, 234 (236) = BGH NJW 2009, 3041 (3042) = BGH JR 2009, 296 m. Anm. Mitsch; BGH NJW 2010, 1385 (1386) = BGH NJW 2010, 3133 m. Anm. Habetha; Lehmann, JR 2011, 131 (132); Jahn, JuS 2010, 930. BGH StV 2012, 153 Rn. 4. Vgl. auch Habetha, in: Leipold/Tsam-bikakis/Zöller (Fn. 16), § 250 Rn. 28.

III. § 252 StGB

A könnte sich dadurch, dass er eine Pistole auf den O richtete und damit bedrohte, ihn zu erschießen, wegen Räuberischen Diebstahls gemäß § 252 StGB strafbar gemacht haben.

1. Objektiver Tatbestand

Der Wortlaut des § 252 StGB fordert als Vortat einen Diebstahl. Nach h.M. kommen aber neben den §§ 242 ff. StGB auch die §§ 249 ff. StGB als taugliche Vortat in Betracht, da sonst Wertungswidersprüche zu § 252 StGB i.V.m. §§ 250, 251 StGB bestünden.⁴² Eine taugliche Vortat liegt mit dem Raub des A somit vor.

A müsste auch auf frischer Tat betroffen gewesen sein. Hier wurde der A direkt von dem Geschädigten O bei der Tat betroffen. A müsste weiterhin ein qualifiziertes Nötigungsmittel eingesetzt haben. Gewalt gegen Personen scheidet auch hier aus, es liegt allerdings evident durch die Drohung mit der Schusswaffe eine Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben vor.

2. Subjektiver Tatbestand

A handelte mit Vorsatz, d.h. mit Wissen und Wollen bzgl. aller Merkmale des objektiven Tatbestandes. Weiterhin verlangt § 252 StGB eine sog. Beutesicherungsabsicht, d.h. die Absicht (dolus directus 1. Grades), sich im Besitz der Beute zu halten. Hier ging es dem A allerdings nur darum, seinen Termin zu erreichen, eine Beutesicherungsabsicht lag bei ihm gerade nicht vor.

A hat sich nicht gem. § 252 StGB strafbar gemacht.

IV. § 123 Abs. 1 StGB

A könnte sich durch das Betreten des Supermarktes in der Absicht, dort Bierdosen zu entwenden, wegen Hausfriedensbruchs gemäß § 123 StGB strafbar gemacht haben.

1. Objektiver Tatbestand

Der Supermarkt des O ist als Geschäftsraum eine von § 123 Abs. 1 StGB geschützte Räumlichkeit. Als Tathandlung kommt ein Eindringen, d.h. das Betreten des geschützten Raumes gegen (und nicht nur ohne) den Willen des Berechtigten in Betracht.⁴³ Erforderlich ist ein entgegenstehender Wille des Berechtigten. Ein solcher ließe sich gegenüber einem Ladendieb nur in der Form eines konkludent entgegenstehenden Willens annehmen („Ladendiebe haben keinen Zutritt!“). Die Geschäftsräume des O sind allerdings während der Geschäftszeiten für die Öffentlichkeit zugänglich. Die h.M. stellt drauf ab, ob der Wille des Eintretenden, Gegenstände zu entwenden, äußerlich erkennbar ist. A war hier von Anfang an nicht als Räuber zu erkennen, daher ist kein konkludentes Verbot des O anzunehmen, den Laden zu betreten. Auch ausdrückliche, generelle Hausverbote für Ladendiebe sind nicht hinreichend konkretisiert.⁴⁴

⁴² Vgl. Vogel (Fn. 2), § 252 Rn. 12 m.w.N.; a.A. RG GA 48 (1901), 355.

⁴³ Vgl. Fischer (Fn. 6), § 123 Rn. 14.

⁴⁴ Vgl. Fischer (Fn. 6), § 123 Rn. 20.

A hat sich nicht nach § 123 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

Gesamtergebnis

Im 1. Tatkomplex hat sich der A wegen Unterschlagung nach § 246 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

Im 2. Tatkomplex hat sich der A gem. §§ 249 Abs. 1, 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. a StGB strafbar gemacht. § 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. a StGB verdrängt den Grundtatbestand des § 249 StGB im Wege der Spezialität.

Die Taten aus den Tatkomplexen 1 und 2 stehen zueinander in Tatmehrheit (§ 53 StGB).

S geht straffrei aus.