

# Zum Merkmal des Betroffens bei § 252 StGB

Von Wiss. Mitarbeiter **Thorsten Schwarzer**, Kiel

*Die problematischen Fallkonstellationen des räuberischen Diebstahls bleiben oftmals nicht ohne Auswirkungen auf das Merkmal „betroffen“, das in der Strafrechtswissenschaft auf unterschiedliche Weise gedeutet wird.*

*Im Kern geht es in diesem Beitrag um die problematische Situation des nötigenden Täters, der nur rein visuell als Person wahrgenommen wurde, zusätzlich aber irrig von seiner Wahrnehmung als Täter oder Tatverdächtiger ausgeht. Die diesbezüglich vorzunehmende Definition des Merkmals „betroffen“ hat jedoch auch Auswirkungen auf die Konstellation des Täters, der durch die Nötigung seinem Entdecktwerden als Individuum zuvorkommt.*

## I. Einleitung

Als räuberischer Dieb gem. § 252 StGB wird bestraft, wer, bei einem Diebstahl auf frischer Tat betroffen, gegen eine Person Gewalt verübt oder Drohungen mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben anwendet, um sich im Besitz des gestohlenen Gutes zu erhalten.

Soweit der Wortlaut der Vorschrift, der natürlich in seiner konkreten Anwendung das Potential für diverse Streitigkeiten birgt. Zentraler Streitpunkt ist die Auseinandersetzung um das Merkmal des Betroffens. Im Wesentlichen sind hier drei verschiedene Konfrontationsmöglichkeiten des Täters mit seinem Opfer möglich<sup>1</sup>. In der unstrittigen Variante, die in jedem Fall ein Betroffen darstellt, trifft der Täter auf ein Opfer, das den kompletten Sachverhalt überschaubar, also vom Diebstahl des Täters weiß und ihn aufhalten will. Dem quasi gegenüber steht die bekannte und problematische Konstellation, dass der Täter auf ein Opfer trifft, das weder den Diebstahl noch den Täter als Individuum überhaupt wahrgenommen hat oder wahrnimmt. Der Täter kommt seiner Entdeckung durch die qualifizierte Nötigung zuvor. Die letzte Variante schließlich stellt sich gleichsam als Mischung der ersten beiden dar: Der Täter trifft auf ein Opfer, das zwar den Täter als Individuum, nicht aber den Diebstahl wahrgenommen hat<sup>2</sup>.

Die erste Variante gestaltet sich dabei als völlig unproblematisch, da das Opfer hier von der Tätoreigenschaft des Diebes ausgeht.

Beispielsfall 1:

T ist in die Wohnung des O eingebrochen und hat seine Tasche bereits mit den vorgefundenen Wertsachen bepackt, als er plötzlich vom heimkehrenden Eigentümer überrascht wird. T versucht, durch den Hinterausgang zu entkommen, um seine Beute nicht zu verlieren, was ihm aber erst gelingt, als er den ihn verfolgenden O, der seine Wertsachen zurückholen will, niederschlägt.

Alle Voraussetzungen des räuberischen Diebstahls sind erfüllt, insbesondere ist T in jedem Fall „betroffen“.

Problematisch sind nur die zweite und dritte Variante, wobei der zweiten Konstellation bereits verstärkte Aufmerksamkeit in der Rechtswissenschaft zugekommen ist<sup>3</sup>. Hier stellt sich die Frage, ob ein Täter auch dann betroffen ist, wenn er seinem Bemerkwerden durch schnelles Zuschlagen zuvorkommt.

Beispielsfall 2 (BGHSt 26, 95):

T hat einen Wohnungseinbruchsdiebstahl begangen und stellt plötzlich – noch am Tatort – fest, dass der Eigentümer O nach Hause kommt. Er versteckt sich hinter der Tür und schlägt, um seine Beute nicht zu verlieren, O nieder, als dieser den Raum betritt.

In diesem Fall sind alle weiteren Voraussetzungen des räuberischen Diebstahls erfüllt. Es liegt ein Diebstahl als Vortat vor, die Frische der Tat ist durch den räumlich-zeitlichen Zusammenhang gegeben und T weist auch Besitzerhaltungsabsicht auf. Einzig strittig ist das Vorliegen des Merkmals „betroffen“, das der h.M. zufolge aber gegeben sein soll.

Im Folgenden soll jedoch verstärkt auf die dritte Variante eingegangen werden, der eine solch rege Bearbeitung bisher versagt blieb (freilich ist dies wohl zumindest zum Teil darauf zurückzuführen, dass der Meinungsstand zu dieser Variante durch den zur zweiten Konstellation teilweise überlagert wird. Dies resultiert daraus, dass eine Bejahung des Betroffens in der zweiten Variante zwangsläufig in Bezug auf die hier zu stellende Frage auch nur zu einem positiven Ergebnis kommen kann. Denn wer die These aufstellt, dass jemand völlig unbemerkt betroffen sein kann, muss konsequenterweise natürlich ebenfalls sagen, dass dieser dann erst recht nicht als Tatverdächtiger gelten muss. Aufgrund der beschriebenen Überlagerung der hier behandelten Konstellation wird darauf aber oft gar nicht eingegangen. In Anbetracht dessen ist eine isolierte Betrachtung der hier in den Focus rückenden Variante nicht angeraten, sodass im Folgenden auch auf die andere Fallkonstellation Bezug genommen wird). Die Frage, die sich in Anbetracht der dritten Fallkonstellation zwangsläufig stellt, ist, ob das Merkmal „betroffen“ auch eine Verdachtsbildung seitens des Opfers erfordert. Mit anderen Worten: Ist bereits betroffen, wer vom Opfer nur visuell als anwesend wahrgenommen, jedoch nicht als Tatverdächtiger angesehen wird? Oder verlangt das Merkmal zusätzlich, dass der Täter vom Opfer nicht nur als Individuum sondern auch als Täter oder zumindest Tatverdächtiger des Diebstahls ertappt wird? Dieses Problem wird, wie bereits angedeutet, in Fallkonstellationen relevant, in denen ein vom Opfer gar nicht realisierter Diebstahl vorliegt, der Dieb aber in der irrigen Annahme, das Opfer wolle den verlorenen Besitz zurückverlangen, im räumlich-zeitlichen Zusammenhang zu diesem Diebstahl mit den qualifizierten Nötigungsmitteln des § 252 StGB reagiert.

Beispielsfall 3:

T hat nach einem Wohnungseinbruchsdiebstahl mit der Beute in seiner Tasche die Wohnung verlassen. Im Hausflur kommt ihm der Eigentümer O entgegen, der gerade auf dem

<sup>1</sup> So auch *Schünemann*, JA 1980, 393 (398).

<sup>2</sup> In Anbetracht der Ablehnung der Forderung nach einem „hinzukommenden“ Opfer kann der Täter auch seit längerer Zeit mit dem Opfer zusammen sein.

<sup>3</sup> Vgl. nur *Hillenkamp*, 40 Probleme aus dem Strafrecht Besonderer Teil, 10. Aufl. 2004, 26. Problem.

Heimweg ist und T auch wahrnimmt. O hält T für einen neuen Nachbarn und mustert ihn eingehend, weswegen T sich irrig für entdeckt glaubt und O daher niederschlägt, um seine Beute nicht zu verlieren.

Auch in diesem Fall ist vom Vorliegen aller übrigen Erfordernisse des räuberischen Diebstahls auszugehen. Ein Diebstahl bildet die Vortat, die Frische der Tat ist noch gegeben und T weist Besitzerhaltungsabsicht auf<sup>4</sup>. Einzig fraglich ist, ob T auch betroffen ist, da O aufgrund seiner mangelnden Kenntnis des Diebstahls T zwar visuell als Individuum, aber eben nicht als Tatverdächtigen oder Täter wahrgenommen hat. Ob dies ausreicht, um die Frage nach dem Betreffen positiv zu bescheiden, ist nunmehr zu eruieren.

## II. Entbehrlichkeit der Verdachtsbildung

Die h.M. in der Rechtswissenschaft hält ein Betreffen auch dann für gegeben, wenn eine Verdachtsbildung seitens des Opfers nicht vorliegt, der Täter also nur als Individuum visuell wahrgenommen wird. Die Mehrheit der hier zu nennenden Autoren nimmt dieses Ergebnis jedoch ohne weitere Ausführungen oder Begründungen an<sup>5</sup>. *Eser* geht ebenfalls ohne weitere Erklärung von der Entbehrlichkeit der Verdachtsbildung aus, scheint das Merkmal „betroffen“ aber aus der Sicht des Täters zu definieren, wohl also gar nicht von einer „Verdachtsbildung“ durch das Opfer, sondern eher durch den Täter auszugehen.<sup>6</sup>

Daneben wird diese Auffassung nur von wenigen Autoren mit Begründungen versehen. So hält etwa *Schünemann* eine Verdachtsbildung deshalb nicht für notwendig, weil sich bei Gegenüberstellung der drei möglichen Fallvarianten keine Gründe fänden, § 252 StGB auf eine oder zwei der Varianten zu beschränken. Dies würde zu Ungleichbehandlungen führen, da die kriminelle Energie identisch sei. Bedenken, mit dieser Auslegung gegen den Wortlaut zu verstoßen, räumt er mit dem Hinweis beiseite, „betroffen“ könne auch als „begegnen“ verstanden werden.<sup>7</sup> Dem schließt sich *Rengier* an, der „betroffen“ aus der Sicht des Täters als „zusammentreffen“ interpretiert.<sup>8</sup>

Desgleichen geht auch *Geilen* davon aus, dass die alleinige Visualisierung des Täters als Individuum bereits für das Betreffen ausreicht. Er weist darauf hin, dass das Merkmal

keine Hinweise auf eine subjektive Komponente enthalte und plädiert für die rein objektive Gestaltung des Betreffens.<sup>9</sup>

Auch die Rspr. scheint vorwiegend dieser Auffassung zugeneigt zu sein. So konstatierte bereits das Reichsgericht im Jahre 1939, „betroffen“ bedeute nicht mehr als „wahrnehmen“ oder „bemerken“<sup>10</sup>. Der BGH vertiefte dieses Verständnis (im zweiten Beispielfall) dahingehend, dass auch das reine raumzeitliche Zusammentreffen unabhängig von der tatsächlichen Wahrnehmung bereits ein Betreffen darstelle.<sup>11</sup> Die Begründung des BGH baut ebenfalls auf einem Vergleich der verschiedenen möglichen Tatsituationen auf. Es sei nicht mit dem Sinn des § 252 StGB vereinbar, den Täter deswegen nicht nach dieser Vorschrift zu bestrafen, weil er dem Bemerktwerten durch schnelles Zuschlagen zuvorgekommen sei. Zwar bezieht sich diese Rechtsprechung auf den zweiten Beispielfall und damit auf die Frage, ob ein „betroffen“ auch beim Zuvorkommen des Bemerktwertens zu bejahen ist, da dann aber erst recht keine Verdachtsbildung nötig ist, können die dabei vorgetragenen Argumente auch hier herangezogen werden.<sup>12</sup>

Daher sprechen für diese Ansicht auch die gesamten Argumente, die ein „betroffen“ schon beim Zuvorkommen des Bemerktwertens bejahen. Diese beziehen sich hauptsächlich auf die Erwägung, den Täter, der in spiegelbildlicher Entsprechung zum Raub den ungesicherten Gewahrsam nach der Wegnahme mit Raubmitteln verteidigt, auch gleich einem Räuber zu bestrafen.<sup>13</sup> Dass quasi ein spiegelbildlicher Raub vorliege, wird auch immer wieder mit dem doch recht fragwürdigen Argument vertreten, der Täter hätte naheliegenderweise auch genötigt, wenn er vor Vollendung des Diebstahls bemerkt worden wäre. Wer zudem seinem Bemerktwerten durch die qualifizierte Nötigung zuvorkomme, zeige seine besondere Gefährlichkeit und verwirkliche mehr Unrecht, als wenn er erst danach handle (in der hier zu prüfenden Situation des bereits erblickten Täters, der ja sogar bereits von seiner Entdeckung ausgeht, müsste dann entsprechend von einem zumindest identischen Unrechtsgehalt ausgegangen werden)<sup>14</sup>.

## III. Notwendigkeit der Verdachtsbildung

Dem gegenüber steht die Ansicht, die eine Verdachtsbildung für das Merkmal „betroffen“ als unerlässlich erachtet. Die Zahl ihrer Vertreter ist zwar nicht so hoch, jedoch werden von ihnen zumeist tiefgehende Begründungen geliefert.

<sup>4</sup> Dass ihm tatsächlich gar keine Entziehung seiner Beute drohte, ist in diesem rein subjektiven Tatbestandselement natürlich irrelevant.

<sup>5</sup> So bei *Sander*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2003, Bd. 3, § 252 Rn. 9; *Seelmann*, JuS 1986, 201 (206); *Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 55. Aufl. 2008, § 252 Rn. 6; *Wessels/Hillenkamp*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 30. Aufl. 2007, Rn. 368, der zumindest anführt, die subjektive Verdachtsbildung stelle unter dem Blickwinkel der Selbstbegünstigung sogar einen eher mildernden Aspekt dar.

<sup>6</sup> *Eser*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 27. Aufl. 2006, § 252 Rn. 4.

<sup>7</sup> *Schünemann*, JA 1980, 393 (398).

<sup>8</sup> *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 10. Aufl. 2008, § 10 Rn. 6 f.

<sup>9</sup> *Geilen*, Jura 1980, 43.

<sup>10</sup> RGSt 73, 343 (346).

<sup>11</sup> BGHSt 26, 95 (96).

<sup>12</sup> Siehe oben S. 265.

<sup>13</sup> *Bach*, MDR 1957, 402.

<sup>14</sup> *Günther*, in: Rudolphi u.a. (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 5. Aufl., 43. Lieferung, Stand: April 1998, § 252 Rn. 13; *Hauf*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, Vermögensdelikte, 2. Aufl. 2002, S. 64; *Krey/Hellmann*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, Vermögensdelikte, 14. Aufl. 2005, § 3 Rn. 211; *Lackner/Kühl*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 26. Aufl. 2007, § 252 Rn. 4; *Rengier* (Fn. 8), § 10 Rn. 6.

So ist hier zunächst *Schnarr* zu nennen, der das Betreffen aus der Opfersicht definiert und aus dem Wortlaut schließt, dass die sprachliche Verknüpfung zwischen dem Wort „Diebstahl“ und dem Merkmal „betroffen“ eine Wahrnehmung als Täter intendiere.<sup>15</sup> Zur Erhärtung dieser These führt er das Beispiel des Taschendiebes ins Feld. Nach der Gegenansicht wäre dieser von allen Menschen betroffen, die mit ihm Sichtkontakt aufnahmen, was sich „weder mit dem Wortlaut noch mit der Stellung des Merkmals im Tatbestand des § 252 StGB vereinbaren“ lasse<sup>16</sup>.

Diesem Wortlautargument schließt sich auch *Lask* an, der ebenfalls eine diesbezüglich verstärkte Verknüpfung zwischen dem Diebstahl und dem Betreffen konstatiert.<sup>17</sup>

In diesem Zusammenhang ist zudem *Haas* zu nennen, der in einer Kombination von historischem und Wortlautargument feststellt, dass zur Zeit der Schaffung des § 252 StGB das Merkmal „betroffen“ als „treffen, betreten, ergreifen, ertappen“ zu verstehen war.<sup>18</sup> Zwar falle das Ergebnis der teleologischen Auslegung aus verschiedenen Gründen gegen teilig aus<sup>19</sup>; da sich aber das Verständnis des Wortes „betroffen“ gegenüber dem 19. Jahrhundert nicht geändert habe, würde der Verzicht auf die Verdachtsbildung einen Verstoß gegen Art. 103 Abs. 2 GG bedeuten.<sup>20</sup> Die durch diesen Befund zu befürchtenden Strafbarkeitslücken könne allein die lege ferenda der Gesetzgeber ausräumen.<sup>21</sup>

Auch *Joecks* konstatiert, dass „der Begriff des Betroffen-seins letztlich nichts anderes als Entdeckung der Tat meint“, hält also ebenfalls den Wortlaut für eindeutig.<sup>22</sup>

Schließlich sind auch im Rahmen dieser Auffassung Autoren zu nennen, die ohne weitere Argumentation eine Verdachtsbildung voraussetzen, wie etwa *Geppert*<sup>23</sup>, *Otto*<sup>24</sup> oder *Samson*. *Samson* kritisiert zusätzlich die von *Eser* u.a.<sup>25</sup> vorgenommene Definition des Merkmals „betroffen“ aus der Tätersicht. Da dieses eindeutig ein objektives Tatbestandsmerkmal darstelle, sei eine solche Subjektivierung unzulässig<sup>26</sup>.

Nicht ganz eindeutig lässt sich die Auffassung *Herdegens* in dieses Schema einordnen. Denn einerseits fordert er, dass

der Dieb nicht nur als Person, sondern als Straftatverdächtiger bemerkt worden sein muss. Gleichzeitig hält er aber daneben fest, ein „betroffen“ sei auch gegeben, wenn der Täter aus einem raumzeitlichen Zusammentreffen nur folgere, als Tatverdächtiger wahrgenommen zu sein, was doch zumindest in einem gewissen Grad auf die Entbehrlichkeit einer Verdachtsbildung hindeutet<sup>27</sup>.

#### IV. Stellungnahme

Zu beginnen ist an dieser Stelle mit dem Gesetzeswortlaut, da die vom Gesetzgeber gewählte Formulierung die äußerste Grenze der Gesetzesauslegung darstellt. Dies folgt aus dem verfassungsrechtlichen Prinzip, dass eine Auslegung, die nicht mehr mit dem Wortlaut der Vorschrift zu vereinbaren ist, gegen den Grundsatz *nulla poena sine lege* aus Art. 103 Abs. 2 GG, § 1 StGB verstoßen würde.

Zunächst lässt sich möglicherweise schon allein aus der Existenz des Merkmals „betroffen“ die Schlussfolgerung ziehen, dass zumindest ein bloßes raumzeitliches Zusammentreffen (wie im zweiten Beispielfall) nicht mehr vom Wortlaut der Norm umfasst ist. Denn käme es lediglich auf das raumzeitliche Zusammentreffen an, wäre das Merkmal „betroffen“ sinnentleert und damit überflüssig. Dieses Ergebnis lässt sich anschaulich in einem hypothetischen Hinwegdenken des Merkmals „betroffen“ darstellen. Dann würde § 252 StGB lauten: „Wer bei einem Diebstahl auf frischer Tat, gegen eine Person Gewalt verübt oder Drohungen mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben anwendet, um sich im Besitz des gestohlenen Gutes zu erhalten, ist gleich einem Räuber zu bestrafen“. Unter Zugrundelegung dieses Gesetzeswortlautes würden jedoch immer noch alle Fälle, die ein rein raumzeitliches Zusammentreffen zwischen Täter und Opfer beschreiben, als räuberischer Diebstahl erfasst. Daher lässt sich festhalten, dass bereits das bloße Vorhandensein des Merkmals „betroffen“ ein Beleg dafür ist, dass seine Bedeutung über ein einfaches raumzeitliches Zusammentreffen hinausgeht, vielmehr von einem „wahrnehmen“ auszugehen ist<sup>28</sup>.

Gegen diese These spricht evtl. die Überlegung, dass auch in anderen Vorschriften sinnentleerte und daher eigentlich überflüssige Tatbestandsmerkmale vorkommen. So stellt nach ganz h.M. das Merkmal „rechtswidrig“ (bzw. sein Synonym) in §§ 123, 290, 303, 305, 305a StGB kein Tatbestandsmerkmal, sondern einen eigentlich überflüssigen Hinweis auf das ohnehin zu prüfende allgemeine Verbrechenmerkmal der Rechtswidrigkeit in der selbständigen Deliktsebene dar.<sup>29</sup> Je-

<sup>15</sup> *Schnarr*, JR 1979, 314 (315).

<sup>16</sup> *Schnarr*, JR 1979, 314 (316).

<sup>17</sup> *Lask*, Das Verbrechen des räuberischen Diebstahls (§ 252 StGB), 1999, S. 113.

<sup>18</sup> *Haas*, in: Momsen u.a. (Hrsg.), Fragmentarisches Strafrecht, Beiträge zum Strafrecht, Strafprozessrecht und zur Strafrechtsvergleichung (für Manfred Maiwald aus Anlaß seiner Emeritierung), 2003, S. 168.

<sup>19</sup> *Haas* (Fn. 18), S. 173 f.

<sup>20</sup> *Haas* (Fn. 18), S. 176 f.

<sup>21</sup> *Haas* (Fn. 18), S. 184.

<sup>22</sup> *Joecks*, Strafgesetzbuch, Studienkommentar, 7. Aufl. 2007, § 252 Rn. 5.

<sup>23</sup> *Geppert*, Jura 1990, 554 (556).

<sup>24</sup> *Otto*, Grundkurs Strafrecht, Die einzelnen Delikte, 7. Aufl. 2005, § 46 Rn. 55.

<sup>25</sup> Siehe Fn. 31.

<sup>26</sup> *Samson*, in: Rudolphi u.a. (Fn. 14), 4. Aufl., 20. Lieferung, Stand: September 1986, § 252 Rn. 5.

<sup>27</sup> *Herdegen*, in: Jähnke/Laufhütte/Odersky (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, 11. Aufl. 2005, § 252 Rn. 12, was wie bei der Auffassung *Eser*s eine Definition des Merkmals betreffen aus der subjektiven Sicht des Täters voraussetzt.

<sup>28</sup> So auch *Lask* (Fn. 17), S. 114; *Mitsch*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2/1, 2. Aufl. 2003, § 4 Rn. 31.

<sup>29</sup> *Puppe*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, 2. Aufl. 2005, Bd. 1, § 16 Rn. 14; *Lenckner/Eisele*, in: Schönke/Schröder (Fn. 6), vor § 13 Rn. 65;

doch darf nicht außer Acht gelassen werden, dass die dennoch vorgenommene Verwendung eines solchen im Grunde sinnentleerten Merkmals in diesen Vorschriften mit dem Zweck begründet werden kann, besonders auf das Eintreten hier nahe liegender Rechtfertigungsgründe zu achten. Ein entsprechend guter Grund, ein eigentlich überflüssiges und sinnentleertes Element in den Wortlaut des § 252 StGB aufzunehmen, ist im Gegensatz dazu hier aber nicht ersichtlich.

Somit kann konstatiert werden, dass bereits der Wortlaut von § 252 StGB ein Verständnis des Merkmals „betroffen“ als bloßes raumzeitliches Zusammentreffen von Täter und Opfer unmöglich macht. Da das Merkmal ansonsten eine nicht begründbare sinnentleerte und überflüssige Redundanz darstellen würde, ist es zumindest als „wahrnehmen“ zu deuten, wovon im Folgenden auch ausgegangen werden soll. Im zweiten Beispielfall wäre T also mangels Betroffenheit nicht wegen räuberischen Diebstahls zu bestrafen.

Fraglich ist nunmehr noch, ob dem Wortlaut daneben auch das Bedürfnis einer Verdachtsbildung entnommen werden kann, die vorläufige Identifizierung als „wahrnehmen“ also nicht weitgehend genug ist. *Lask* und *Schnarr* nehmen dies, wie erwähnt, mit der Begründung an, dass das notwendigerweise auf die Opfervorstellung bezogene Merkmal „betroffen“ sich sprachlich auf den Diebstahl beziehe („[...] bei einem Diebstahl [...] betroffen [...]"). Wenn aber die Vorstellung des Opfers entscheidend sei, müsse sich diese Vorstellung aufgrund der sprachlichen Verknüpfung auch auf den Diebstahl beziehen, sodass die Verdachtsbildung bereits durch den Wortlaut der Norm gefordert werde.<sup>30</sup> Dem ist aber aus nachstehenden Gründen nicht zu folgen:

Zunächst lässt sich allerdings festhalten, dass die These, das Merkmal „betroffen“ sei nur aus der Opfervorstellung zu betrachten, uneingeschränkte Zustimmung verdient. Wer demgegenüber wie *Eser* auf die Vorstellungen des Täters abstellt und das Merkmal „betreffen“ danach beurteilt, was dieser wahrnimmt<sup>31</sup>, versubjektiviert ein objektives Tatbestandsmerkmal. Solche Erwägungen sind aber naturgemäß erst im subjektiven Tatbestand relevant und vom objektiven Tatbestand fernzuhalten (dieses vermeintliche Bedürfnis ergibt sich wohl aus der Verwandtschaft des räuberischen Diebstahls mit dem Raub, da dort mit der Finalität ein sowohl objektive als auch subjektive Elemente umfassendes Tatbestandsmerkmal enthalten ist. Um die Vergleichbarkeit mit § 249 StGB zu wahren, wird daher recht häufig im Rahmen des Betreffens ebenfalls auf subjektive Erwägungen eingegangen. Die Entsprechung der Finalität bei § 252 StGB liegt aber einerseits objektiv in der Frische der Tat, andererseits subjektiv in der Besitzerhaltungsabsicht, das Merkmal „betreffen“ findet dagegen bei § 249 StGB keine Entsprechung. Es wäre daher falsch, das objektive Merkmal des Betreffens derart auszulegen, um die Vergleichbarkeit mit § 249 StGB zu wahren, da diese insoweit bereits besteht). Daher kann festgehalten wer-

den: Die Betroffenheit des Täters ist ein rein objektives Tatbestandsmerkmal, das allein aus der Sicht des Opfers festzustellen ist. Auf dieser Prämisse aufbauend beziehen *Lask* und *Schnarr* die Sicht des Opfers auch auf den mit dem Merkmal „betroffen“ verknüpften Diebstahl. Wie bereits erwähnt müsste das Opfer dann auch den Diebstahl erkannt haben, weswegen bereits der Wortlaut eine Verdachtsbildung fordere und „betroffen“ nicht nur mit „wahrgenommen“ zu übersetzen sei. Der Bezug dieses Merkmals auch auf den Diebstahl ist jedoch nicht so eindeutig feststellbar. Denn auch wenn ein gewisser Bezug auf den Diebstahl nicht von der Hand gewiesen werden kann, kann hier noch nicht von der Notwendigkeit eines Wissenselementes gesprochen werden. Vielmehr bezieht sich das Betreffen auf das „wer“, das Opfer muss also den Täter tatsächlich wahrnehmen. Die Verbindung zum Diebstahl ist nun dergestalt, dass die Wahrnehmung des Täters bei dem Diebstahl geschehen muss (wobei das „bei“ noch näher von der „Frische der Tat“ erläutert wird), es geht jedoch nicht um die Wahrnehmung des Täters und des Diebstahls. Das Opfer muss lediglich eine Person wahrnehmen, die einen Diebstahl begeht bzw. gerade begangen hat, der Wortlaut intendiert hingegen nicht, dass es zusätzlich auch den Diebstahl wahrnimmt. Die Deutung des Merkmals „betreffen“ als bloßes „wahrnehmen“ ohne jede Verdachtsbildung auf der Opferseite würde daher also gerade keinen Verstoß gegen den Grundsatz „nulla poena sine lege“ gem. Art. 103 Abs. 2 GG, § 1 StGB bedeuten. Vielmehr ist der Wortlaut ebenso offen für die hier bevorzugte Deutung des Merkmals „betroffen“ im Sinne von „als Person wahrgenommen“.

Für diese Auslegung sprechen zudem folgende Gründe:

Eine differenzierte Behandlung von Fällen, in denen der Täter ein argloses, ihn nicht verdächtigendes (sondern nur als Person wahrnehmendes) Opfer nötigt (dritter Beispielfall), und solchen Fällen, in denen der Täter ebenso mit einem Opfer verfährt, das ihn bereits als Täter oder Tatverdächtigen erkannt hat (erster Beispielfall), ließe sich nur begründen, wenn der Unrechtsgehalt der Taten unterschiedlich wäre. Gerade das intendiert die eine Verdachtsbildung fordernde Ansicht. Denn ihr zufolge wäre im dritten Beispielfall der objektive Tatbestand nicht erfüllt, da T nicht „ertappt“ und damit eben nicht „betroffen“ war. Das konsequente Ergebnis wäre dann ein versuchter räuberischer Diebstahl, da T ja gerade davon ausgeht, ertappt zu sein und auch ansonsten alle erforderlichen subjektiven Tatbestandsmerkmale sowie ein unmittelbares Ansetzen vorliegen<sup>32</sup>. Da der Versuch aber gegenüber dem vollendeten Delikt dadurch gekennzeichnet ist, dass ein zumindest verminderter Erfolgsunwert vorliegt, geht diese Ansicht tatsächlich davon aus, dass der Unrechtsgehalt der Tat insgesamt geringer ist, wenn das genötigte Opfer keinen Verdacht in Bezug auf den Täter geschöpft hat. Es ist aber fraglich, ob hier tatsächlich von geringerem Unrechtsgehalt ausgegangen werden kann. Der Unrechtsgehalt einer Tat wird im Wesentlichen bestimmt durch die Verletzung der durch die jeweilige Norm geschützten Rechtsgüter. § 252 StGB schützt gleichrangig einerseits das Eigentum, andererseits

*Wessels/Beulke*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 37. Aufl. 2007, Rn. 135.

<sup>30</sup> *Lask* (Fn. 17), S. 120; *Schnarr*, JR 1979, 314 (315).

<sup>31</sup> *Eser* (Fn. 6), § 252 Rn. 4; *Herdegen* (Fn. 27), § 252 Rn. 12; wohl auch *Schünemann*, JA 1980, 393 (398).

<sup>32</sup> So denn auch *Joecks* (Fn. 22), § 252 Rn. 6; *Sander* (Fn. 5), § 252 Rn. 11.

auch die Willensbildungs- und Willensbetätigungsfreiheit<sup>33</sup>. Daneben wird vermehrt die Auffassung vertreten, auch das Notrecht der Besitzkehr gem. § 859 Abs. 2 BGB sei von § 252 StGB erfasstes Schutzgut<sup>34</sup>. Es ist also der Fall eines in Besitzerhaltungsabsicht nötigenden, vom Opfer als Täter oder Tatverdächtigen identifizierten Diebes (erster Beispielfall) dem eines in Besitzerhaltungsabsicht nötigenden, vom Opfer aber nur als Person erkannten Diebes (dritter Beispielfall) dahingehend gegenüberzustellen, ob sie gleichermaßen die soeben dargestellten, von § 252 umfassten Schutzgüter verletzen.

In Bezug auf das geschützte Rechtsgut Eigentum ist das Ergebnis leicht zu erkennen. In beiden Fällen ist ein Diebstahl (bzw. Raub) essentielle Prämisse des § 252 StGB, sodass das Eigentum beiderseits verletzt ist. Stets hat der Täter eine Sache in Zueignungsabsicht weggenommen und damit die aus dem Eigentumsrecht gem. § 903 S. 1 BGB entspringenden Rechte des Eigentümers, mit der Sache nach Belieben zu verfahren und andere von jeder Einwirkung auszuschließen, verletzt. Denn aufgrund seines Enteignungsvorsatzes zeigt der Täter, dass er sich an die Stelle des Eigentümers setzen will und diese ihm nicht zustehenden Rechte damit für sich beansprucht. Der tatsächliche Eigentümer kann sie nicht mehr wahrnehmen und ist daher in seinem Eigentumsrecht verletzt. Da diese Verletzung in beiden Fällen gegeben ist, ist der Unrechtsgehalt insoweit identisch.

Des Weiteren ist nach der Verletzung des ebenfalls geschützten Rechtsgutes der Willensbildungs- und Willensbetätigungsfreiheit zu fragen. Im ersten Beispielfall des den Täter als solchen erkennenden Opfers ist er spätestens darin zu erblicken, dass der Täter durch die Nötigung dem Opfer seinen Willen aufzwingt, ihn nicht weiter zu verfolgen. Im dritten Beispielfall kann der Täter seinem Opfer einen solchen Willen aber nicht aufzwingen, denn das Opfer will ihn mangels Tatverdacht ja gar nicht verfolgen. Da das Opfer seine Willensfreiheit, den Täter zu stellen, also gar nicht wahrnimmt, könnte hier möglicherweise auch nicht von einer Verletzung dieser Freiheit ausgegangen werden. Jedoch darf der Begriff der Willensfreiheit hier nicht nur darauf bezogen werden, seinen Willen, dem Dieb die Sache wieder wegzunehmen, durchzusetzen. Vielmehr liegt sie wie bei § 240 StGB auch hier darin, frei von Beeinträchtigungen der körperlichen Unversehrtheit bzw. frei von allgemeinen Zwängen zu sein. Würde der Täter im dritten Beispielfall seinem Opfer nur drohen, es solle sich auf den Boden legen und ihn nicht verfolgen, würde die Beeinträchtigung der Willensfreiheit deutlich sichtbar, wenn das Opfer täte wie ihm geheißt, auch wenn es nicht wüsste, warum. Im Rahmen des Niederschlagens ist das Ergebnis kein anderes. Die bloße Tatsache, dass das Opfer die Motive des Täters nicht kennt, ändert daran nichts. Auch das Schutzgut der Willensbildungs- und Willensbetätigungsfreiheit ist daher in beiden Fällen gleichermaßen verletzt, der Unrechtsgehalt also auch insoweit identisch (auch die Verbindung zwischen diesen verletzten Rechtsgütern ist in beiden Beispielfällen gegeben. Die Verletzung der

Willensbetätigungsfreiheit erfolgt nicht unabhängig von der Verletzung des Eigentums, sondern ist in beiden Fällen das Mittel zum Zweck. Der Täter verletzt die Willensbildungs- und Willensbetätigungsfreiheit, um die Verletzung des Eigentumsrechts aufrecht zu erhalten).

Somit ist als letzte Möglichkeit zur Feststellung eines unterschiedlichen Unrechtsgehalts auf die Verletzung des Schutzgutes des Notrechts auf Besitzkehr gem. § 859 Abs. 2 BGB einzugehen. Im ersten Beispielfall eines den Dieb als Täter oder Tatverdächtigen wahrnehmenden Opfers ist die Verletzung dieses Rechts eindeutig zu erkennen. Da es versucht, dem Täter dessen Beute wieder abzunehmen, nimmt es gerade die in § 859 Abs. 2 BGB aufgeführten Rechte wahr. Der Besitzkehr auf Seiten des Opfers steht die Besitzerhaltung auf Seiten des Täters spiegelbildlich gegenüber. Durch die Besitzerhaltung, die der Täter mittels Nötigung durchsetzt, verhindert er die Ausübung des Rechts auf Besitzkehr und verletzt es damit. Fraglich ist, ob dieser Befund nun schließlich auch im gegenübergestellten dritten Beispielfall des nur als Person wahrgenommenen nötigenden Täters gestellt werden kann. Zwar ist die Situation hier im wesentlichen identisch, der Unterschied, der möglicherweise zu einer anderen Wertung zwingt, könnte aber darin liegen, dass das Opfer vorliegend gar nicht daran denkt, sein bestehendes Recht auf Besitzkehr wahrzunehmen, da es den Diebstahl ja überhaupt nicht wahrgenommen hat. Mit der h.M., die vom Erfordernis des subjektiven Rechtfertigungselementes ausgeht<sup>35</sup>, könnte daher aufgrund der mangelnden Kenntnis des Opfers von der rechtfertigenden Lage das Notrecht der Besitzkehr gar nicht erst zur Entstehung gekommen sein<sup>36</sup>. Damit könnte das Opfer auch nicht in der Ausübung dieses Rechts verletzt werden, womit der Erfolgswert im dritten Beispielfall vermindert und damit der Unrechtsgehalt insgesamt geringer wäre. Da die Besitzerhaltungsabsicht als bloße überschießende Innentendenz aber lediglich die Verwirklichung von Handlungsunrecht fordert, ist diesem Befund folgendes entgegenzuhalten: Indem der Besitzkehr auf Seiten des Opfers die Besitzerhaltung auf Seiten des Täters gegenübersteht, würde der Täter das Recht auf Besitzkehr unstreitig verletzen, wenn er selbst im Besitz der Sache bleibt. Aufgrund der rein subjektiven Ausgestaltung der Besitzerhaltung als Absicht genügt es aber zu dieser Rechtsgutsverletzung auch, wenn der Täter nur versucht, im Besitz der Sache zu bleiben. Wenn das Opfer also sein Recht auf Besitzkehr durchzusetzen vermag, liegt dennoch ein vollendeter räuberischer Diebstahl vor, da der Täter in Besitzerhaltungsabsicht handelte. Der Täter muss also gar nicht erfolgreich das Recht auf Besitzkehr vereiteln, es genügt, wenn er dies versucht. So liegt es aber auch hier, wo der Täter ja ebenfalls den Versuch unternimmt, die vermeintliche Besitzkehr des Opfers zu vereiteln. Es darf nun keinen Unterschied machen, ob dieser Versuch daran scheitert, dass das Opfer sein Recht durchsetzt oder dass ein solches Recht objektiv gar nicht besteht bzw. entstanden ist. Die

<sup>33</sup> Eser (Fn. 6), § 252 Rn. 1; Herdegen (Fn. 27), § 252 Rn. 3; Joecks (Fn. 22), § 252 Rn. 1; Rengier (Fn. 8), § 10 Rn. 1.

<sup>34</sup> Haas (Fn. 18), S. 175; Lask (Fn. 17), S. 216.

<sup>35</sup> Joecks (Fn. 22), vor § 32 Rn. 11; Lackner/Kühl (Fn. 14), § 32 Rn. 7; Lenckner, in: Schönke/Schröder (Fn. 6), vor §§ 32 ff. Rn. 13; Tröndle/Fischer (Fn. 5), § 32 Rn. 14 m.w.N.

<sup>36</sup> So auch Haas (Fn. 18), S. 175.

Besitzerhaltungsabsicht und damit im Umkehrschluss auch das Recht auf Besitzkehr beinhaltet mithin gar kein Erfolgsonrecht, sondern ist als rein subjektives Merkmal allein vom Handlungsunrecht geprägt. Dieses Handlungsunrecht hat der Täter aber bereits dadurch vollständig verwirklicht, dass er wie hier in der Absicht handelte, sich im Besitz der gestohlenen Sache zu halten. Somit lässt sich schließlich festhalten, dass auch das Schutzgut der Besitzkehr in beiden Fällen auf identische Weise verletzt ist<sup>37</sup>.

Damit ist abschließend festgestellt, dass der Unrechtsgehalt der beiden gegenübergestellten Fälle identisch und daher eine differenzierte Behandlung nicht vorzunehmen ist.

Daneben führt die Ansicht der Notwendigkeit einer Verdachtsbildung auch zu Widersprüchen. Wer nämlich zusätzlich eine Verdachtsbildung auf Seiten des Opfers fordert, überlässt die Strafbarkeit des Täters allzu oft Zufälligkeiten. In allen Fällen des dritten Beispielsfalls, in denen das Opfer den Diebstahl selbst nicht gesehen hat, käme es auf die intellektuelle Fähigkeit des Opfers an, das Geschehen überhaupt zu realisieren, danach die Zusammenhänge schnell zu erfassen und damit zu einer Verdachtsbildung zu kommen. Stellt man dabei beispielhaft Opfer gegenüber, bei denen diese Fähigkeit unterschiedlich stark ausgeprägt ist, kann es dabei zu widersprüchlichen Ergebnissen kommen. Der Täter, der sich gerade ein intellektuell eher schwerfälliges oder auch nur unaufmerksames Opfer, das trotz zahlreicher deutlicher Hinweise zu keiner Verdachtsbildung gelangt, ausgesucht hat, wäre im Hinblick auf § 252 StGB in Vollendung straflos, es läge lediglich ein Versuch vor. Dem entgegen wäre der Täter, der sich einem besonders aufmerksamen und intelligenten oder auch nur misstrauischen Opfer, das bereits bei nur geringen Verdachtsmomenten blitzschnell den Diebstahlscharakter erkennt bzw. zu erkennen glaubt (was für eine Verdachtsbildung natürlich ausreichend ist), gegenübersteht, nach § 252 StGB zu bestrafen. Dieser Widerspruch hält sich durch den versuchten räuberischen Diebstahl mit seiner nur fakultativen Strafmilderung zwar in Grenzen, ist aber dennoch messbar und kann aufgrund des identischen Unwertgehaltes in beiden Situationen nicht erklärt werden. Er folgt mithin lediglich aus der reinen Zufälligkeit, welches Opfer dem Täter gegenübersteht bzw. wie (und wie schnell) dieses die Situation einschätzt.

## V. Zusammenfassung

Der Wortlaut des § 252 StGB fordert bereits aufgrund der bloßen Existenz des Merkmals „betroffen“, es zumindest mit „wahrnehmen“ zu übersetzen. Damit ist ein Betreffen in Fällen, in denen der Täter seinem Bemerkwerden durch schnelles Zuschlagen bzw. sonstiges qualifiziertes Nötigen zuvor kommt, stets abzulehnen. Wem dieses Ergebnis unbillig erscheint, kann sich nur der Forderung *Haas* nach einem Tätigwerden des Gesetzgebers anschließen<sup>38</sup>. Eine weitergehende Eingrenzung des Merkmals „betroffen“ in Form einer Verdachtsbildung ist durch den Wortlaut jedoch nicht inten-

diert. Dieser ist hier vielmehr offen, sodass der teleologisch vorzugswürdigen Ansicht, eine Verdachtsbildung auf der Seite des Opfers sei entbehrlich, zu folgen ist. Daher muss im Rahmen des § 252 StGB der Täter vom Opfer nicht als Täter bzw. Tatverdächtiger, sondern nur (dies aber zwingend!) als Person wahrgenommen worden sein.

<sup>37</sup> Mit anderer Begründung, aber identischem Ergebnis *Haas* (Fn. 18), S. 175 f.

<sup>38</sup> *Haas* (Fn. 18), S. 184.