

Fortgeschrittenenklausur: Must-Haves – Smartphone und Pfefferspray

Von Privatdozentin Dr. jur. habil. **Christine Morgenstern**, Greifswald*

Die Probleme des Falles liegen bei klassischen Fragen des Besonderen Teils, namentlich der Abgrenzung zwischen Sachbetrug und Trickdiebstahl, der Frage nach einem gefährlichen Werkzeug und dem Problem der „frischen Tat“ bei § 252 StGB. Der – für die Veröffentlichung um einen längeren Bearbeitungshinweis ergänzte – Sachverhalt wurde im Sommersemester 2018 im Rahmen der Übung im Strafrecht für Fortgeschrittene an der Georg-August-Universität Göttingen als erste Klausur ausgegeben. Die Bearbeitungszeit betrug 180 Minuten. 14 % der Bearbeitungen wurden mit vollbefriedigend oder besser bewertet. Mit einer Durchfallquote von 26 % und einem Schnitt von 5,9 Punkten fiel die Klausur angesichts des nur mittleren Schwierigkeitsgrads insgesamt etwas schlechter aus als erwartet.

Sachverhalt

A braucht ein neues Smartphone, will aber keines kaufen. Gut findet er das neue Modell, das er bei einem entfernten Bekannten, dem X, gesehen hat. Er bittet daher seine Freundin B, ihm das gute Stück zu „besorgen“. Dazu soll sie den X veranlassen, es ihr für ein dringendes Telefonat auszuleihen, danach soll sie es einfach einstecken.

So geschieht es: B nimmt ihre Schwester C mit, in die der X heimlich verliebt ist. Sie ist in den Plan eingeweiht. Sie passen den X an einer Bushaltestelle ab und erzählen ihm, dass die Tasche der C gestohlen worden ist, jetzt müssten sie dringend zu Hause anrufen – ob er ihnen kurz sein Telefon ausleihen könne. X ist froh, helfen zu können und übergibt das Telefon an C. Diese telefoniert tatsächlich zunächst. Dann gibt sie das Telefon an B weiter, die es in die Innentasche ihrer Jacke steckt. X ist darüber verwundert und bittet um die Rückgabe des Telefons – nun bräuchten sie es ja offenbar nicht mehr. B und C lachen ihn jedoch nur aus. X weiß nicht, wie er die Situation auflösen soll und wiederholt seine Bitte mehrfach erfolglos.

Als nach einer Viertelstunde der nächste Bus kommt, steigt C ein. B macht sich zu Fuß ebenfalls auf den Heimweg. X folgt ihr zögernd mit etwas Abstand. Nach etwa einem Kilometer fasst er sich ein Herz, holt B ein und tippt ihr von hinten auf die Schulter – sie solle ihm jetzt bitte endlich sein Telefon wiedergeben. B dreht sich daraufhin zu ihm um und hält ihm ein Pfefferspray, das sie aus ihrer Tasche gekramt hat, drohend vors Gesicht; sie will nicht ohne das Smartphone bei A ankommen. Nun gibt X auf.

* *Christine Morgenstern* ist Senior Research Fellow am Trinity College Dublin und Privatdozentin an der Universität Greifswald. Ihr Dank gilt der Göttinger Juristischen Fakultät, die ihr während der Zeit ihrer Vertretungsprofessur (Lehrstuhl für Strafrecht und Kriminologie, für Prof. Dr. *Katrin Höffler*) im Sommersemester 2018 zusätzliche Hilfskräften gewährte. Für tatkräftige Unterstützung dankt sie den stud. Hilfskräften *Franziska Frech* und *Jan Cöster-Kaul*.

B fährt nach Hause, packt das Smartphone hübsch ein und schenkt es bei einem netten Abendessen dem A, der sich sehr freut.

Frage

Wie haben sich die Beteiligten nach dem StGB strafbar gemacht?

Bearbeitungshinweis

Etwa erforderliche Strafanträge gelten als gestellt. B lässt sich im Verfahren unwiderlegt dahingehend ein, dass ihr erst in dem Moment, als X sie angefasst habe, bewusst wurde, dass sie das Pfefferspray in der Tasche habe – sie habe es eigentlich immer dabei, weil man als junge Frau andernfalls nicht sicher sei. C und A haben davon nichts gewusst. Die Beweisaufnahme ergibt, dass es sich bei dem von B in einer pinkfarbenen Sprühdose mitgeführten Pfefferspray um eines handelt, das aus dem Pulver von Capsaicinoiden (OC), d.h. Paprika- oder Chilibeeren, gewonnen wird und als „Pink Lady Tierabwehrspray“ verkauft wird. Sie hat es bei einem Online-Händler erworben. Im Werbetext heißt es dort an einer Stelle, es handle sich um ein Tierabwehrspray, an einer anderen, es habe „Polizeistärke“, es sei für „diverse Bedrohungen“ gedacht und „bringe gestandene Männer zum Weinen“.

Lösungsvorschlag

1. Tatkomplex: An der Bushaltestelle – bis der Bus kommt¹

A. Strafbarkeit der B²

I. Strafbarkeit gem. § 263 Abs. 1 StGB

B könnte sich wegen der wahrheitswidrigen Behauptung, das Telefon nur kurz ausborgen zu wollen, wegen Betrugs gem. § 263 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben.

1. Tatbestand

a) Täuschungshandlung

Dazu müsste B den X über Tatsachen getäuscht haben. Eine Täuschung ist eine Einwirkung auf das Vorstellungsbild einer anderen Person, durch die bei ihr eine Fehlvorstellung er-

¹ Dieser Handlungsabschnitt ist angelehnt an BGH NSTz 2016, 727 m. Anm. *Kulhanek*, JA 2016, 953, m. Anm. *Kudlich*). Eine Klausurbearbeitung dieses Falles, die zwei Lösungsvarianten enthält, findet sich auch bei *Duttge/Burghardt*, Jura 2018, 515 ff.

² Der Aufbau erfolgt hier nach Personen getrennt. Da B und C den X gemeinsam an der Bushaltestelle abpassen, könnte man auch mit einer gemeinsamen Prüfung eines ggf. mittäterchaftlichen Betrugs beginnen, es erscheint wegen der Verneinung des Betrugs schon beim objektiven Tatbestand aber übersichtlicher, die Frage der Mittäterschaft getrennt und erst bei C zu erörtern.

zeugt wird. Sie kann durch die Vorspiegelung falscher oder Entstellung oder Unterdrückung wahrer Tatsachen, explizit oder schlüssig erfolgen.³ B erklärte dem X wahrheitswidrig, sie wolle sich das Telefon nur kurz ausleihen, obwohl sie es ihm tatsächlich gar nicht zurückgeben wollte. Sie täuschte ihn damit ausdrücklich über ihr geplantes Vorgehen.

b) Irrtum

Durch die Täuschung müsste beim Adressaten ein Irrtum erregt worden sein, d.h. er müsste sich eine unrichtige Vorstellung vom Sachverhalt⁴ gemacht haben. Durch die Behauptung der B stellte X sich vor, er würde das Telefon nur kurz – für die Dauer eines dringenden Telefonats – aus der Hand geben. Dies war jedoch eine durch die Täuschung bedingte Fehlvorstellung, er erlag daher einem Irrtum.

c) Vermögensverfügung

Dieser Irrtum müsste den X unmittelbar zu einer Vermögensverfügung veranlasst haben. Eine Vermögensverfügung ist jedes Handeln, Dulden oder Unterlassen, das sich unmittelbar vermögensmindernd auswirkt.⁵ Hier geht es um die Vermögensposition des Gewahrsams am Smartphone des X. Eine Verfügung über diesen Vermögensbestandteil liegt vor, wenn die getäuschte Person auf Grund freier, wenngleich durch Irrtum beeinflusster Entschliebung, Gewahrsam übertragen will und überträgt, sich daher wegen des überlegenen Wissens der täuschenden Person selbst schädigt. In solchen Fällen wirkt sich der Gewahrsamsübergang unmittelbar vermögensmindernd aus.⁶ Voraussetzung ist allerdings, dass tatsächlich Gewahrsam übertragen wird und durch die Täuschung nicht nur eine Gewahrsamslockerung bewirkt wird. Ein Gewahrsamswechsel tritt erst dann ein, wenn von einer Person, die in Bezug auf die Sache eine Herrschaftswillen und die entsprechende Zugriffsmöglichkeit hatte, die Sachherrschaft auf eine andere Person so übergegangen ist, dass sie ihr nach sozialer Anschauung zugerechnet wird; z.B. weil die Sache in einen Tabubereich nahe am Körper verbracht wurde.⁷

In der vorliegenden Fallgestaltung ist daher sorgsam zu prüfen, ob eine Gewahrsamsübertragung stattgefunden hat. Für die Erlangung von Gewahrsam durch B spricht, dass sie das Telefon in die Hand bekommt, was bei einer kleinen Sache grundsätzlich ausreicht.⁸ Zu bezweifeln ist aber, dass

sie alleinigen Gewahrsam erlangen konnte: Hier erfolgte nur eine „kontrollierte“ Weitergabe durch X, der in unmittelbarer Nähe blieb und ersichtlich – wichtig für die soziale Anschauung – keinen Gewahrsam übertragen wollte. Er hatte zunächst auch noch Zugriffsmöglichkeiten auf das Smartphone, das, nachdem X es der C übergeben hatte, beim Telefonieren in der Hand der C, später der B, blieb und damit noch nicht in einem Tabubereich direkt am Körper gelangte. Ein unbefangener Dritter hätte den Gewahrsam in dieser Konstellation daher auch noch dem X zugeordnet. Er blieb daher Mitgewahrsamsinhaber. Im Ergebnis bewirkte die Täuschung daher keine Gewahrsamsübertragung, die als Vermögensverfügung zu werten wäre, sondern nur eine Gewahrsamslockerung; d.h. noch keinen unmittelbaren Vermögensverlust.⁹

2. Ergebnis

B ist nicht gem. § 263 Abs. 1 StGB strafbar.

II. Strafbarkeit gem. § 242 Abs. 1 StGB

B könnte sich gem. § 242 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben, indem sie das Telefon des X in die Innentasche ihrer Jacke steckte.

1. Tatbestand

a) Objektiver Tatbestand

aa) Fremde bewegliche Sache

Das Smartphone steht im Eigentum des X und ist damit für B eine fremde bewegliche Sache.

bb) Wegnahme

B müsste das Smartphone weggenommen haben. Wegnahme ist die Aufhebung fremden Gewahrsams und die Begründung neuen Gewahrsams durch Bruch, d.h. gegen oder ohne den Willen des X.¹⁰ Wie oben festgestellt, sind Elemente des Gewahrsamsbegriffs die tatsächliche Sachherrschaft, der Wille zur Ausübung dieser Sachherrschaft und ergänzend soziale Anschauungen. Danach bestand zunächst noch Mitgewahrsam des X, der durch die Übergabe an C zum kurzzeitigen Telefonieren mit dem Handy auch noch nicht aufgehoben, sondern nur gelockert war. Mit dem Einstecken des Telefons durch die B in die Innentasche ihrer Jacke (Tabubereich) wurde nun aber neuer Gewahrsam dergestalt begründet, dass der X keine Zugriffsmöglichkeiten mehr hat. Das Telefon ist nun in die Gewahrsamssphäre der B verschoben. Damit war der X nicht einverstanden, so dass hier ein Gewahrsamsübergang gegen seinen Willen, mithin durch Bruch vorliegt.

³ Perron, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 263 Rn. 6; Joecks/Jäger, Strafgesetzbuch, Studienkommentar, 12. Aufl. 2018, § 263 Rn. 29.

⁴ Küper/Zopfs, Strafrecht, Besonderer Teil, 10. Aufl. 2018, Rn 381.

⁵ Joecks/Jäger (Fn. 3), § 263 Rn. 84; Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 21. Aufl. 2019, § 2 Rn. 76; Wessels/Hillenkamp/Schuh, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 41. Aufl. 2018, Rn. 515 und 624.

⁶ Joecks/Jäger (Fn. 3), § 263 Rn 8; BGH NStZ 2016, 727.

⁷ BGH NStZ 2016, 727; vgl. zum Ganzen Rengier (Fn. 5), § 2, Rn. 75 ff.; Wessels/Hillenkamp/Schuh (Fn. 5), Rn. 623 ff.

⁸ „Apprehension“, vgl. BGH NStZ 2011, 36.

⁹ Bei dieser Fallgestaltung ist eine andere Auffassung nur mit erheblichem Begründungsaufwand vertretbar, vgl. hierzu Duttge/Burghardt, Jura 2018, 515 (523 f.) mit der Überlegung, dass bei besonderer Betonung der Apprehension nicht Mit-, sondern Alleingewahrsam beim Täter entstanden ist, weil das Zurückholen des Telefons ggf. die Überwindung eines Widerstands (Festhalten) erfordert hätte.

¹⁰ Joecks/Jäger (Fn. 3), § 242 Rn. 10.

*b) Subjektiver Tatbestand**aa) Vorsatz*

B müsste vorsätzlich gehandelt haben. Vorsatz ist der Wille zur Verwirklichung eines Straftatbestandes in Kenntnis aller seiner Tatumstände.¹¹ B wusste, was sie tat und wollte dies auch. Mithin handelt sie vorsätzlich.

bb) Zueignungsabsicht

Zudem müsste sie mit Zueignungsabsicht gehandelt haben. Diese Absicht umfasst einmal den mindestens bedingten Vorsatz, den wahren Eigentümer auf Dauer zu enteignen. Hinzu kommen muss die Absicht, sich oder einem Dritten die Sache zumindest vorübergehend anzueignen, d.h. es muss Täter oder Täterin gerade darauf ankommen, sich die Sache in das eigene Vermögen einzuverleiben.¹² Das geschieht auch, wenn die Sache wie hier weiterverschenkt werden soll, denn nur wer Eigentum hat, kann schenken. B maßt sich mithin eine eigentümerähnliche Stellung an.

cc) Rechtswidrigkeit der erstrebten Zueignung

B wusste, dass sie auf die Sache keinen Anspruch hatte, handelte damit mit der erforderlichen Absicht rechtswidriger Zueignung.

2. Rechtswidrigkeit und Schuld

B handelte rechtswidrig und schuldhaft.

3. Ergebnis

B ist gem. § 242 Abs. 1 StGB strafbar wegen Diebstahls.

III. Strafbarkeit gem. § 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. a StGB¹³

B könnte sich außerdem wegen schweren Diebstahls gem. § 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. a StGB strafbar gemacht haben, indem sie das Handy einsteckte, während sie in ihrer Handtasche ein Pfefferspray mit sich führte.

*1. Tatbestand**a) Grundtatbestand*

B hat, wie oben geprüft, dem X das Telefon weggenommen.

¹¹ Wenn der Sachverhalt keine Probleme in Bezug auf den Vorsatz erkennen lässt, insbesondere keinen Anlass gibt, von einem nur bedingten Vorsatz auszugehen, genügt diese Kurzfassung (vgl. z. B. *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 48. Aufl. 2018, Rn. 306; *Joecks/Jäger* [Fn. 3], § 15 Rn. 10).

¹² *Joecks/Jäger* (Fn. 3), § 242 Rn. 69.

¹³ Der Aufbau ist nicht zwingend, der qualifizierte Diebstahl kann auch einheitlich unter einem Prüfungspunkt §§ 242, 244 StGB geprüft werden. Die getrennte Darstellung wurde aus didaktischen Gründen zur besseren Übersicht gewählt.

*b) Qualifikation: Tatmittel**aa) Pfefferspray als Waffe*

Dazu müsste das Pfefferspray, das B in ihrer Tasche hat, eine Waffe oder ein gefährliches Werkzeug sein.¹⁴

Eine Waffe im „technischen“, d.h. im eigentlichen, bestimmungsgemäßen Sinn ist jedes Werkzeug, welches nach der Art seiner Konstruktion oder nach der Verkehrsauffassung allgemein dazu bestimmt und geeignet ist, Menschen durch seine mechanische oder chemische Wirkung körperlich zu verletzen¹⁵. Für eine solche Klassifikation des Pfeffersprays kann angeführt werden, dass es die Angriffs- und Abwehrfähigkeit von Menschen beseitigen bzw. herabsetzen kann und als Selbstverteidigungswaffe auch gerade soll, dabei erhebliche Verletzungen zufügen kann, und mit Pfefferspray gefüllte Dosen als tragbare Gegenstände von Waffengesetz erfasst werden können.¹⁶ Allerdings gilt dies nur für solche Pfeffersprays, die für den Einsatz gegen Menschen gedacht sind. Hier ist das von B erworbene Spray zwar nicht eindeutig, aber immerhin auch als „Tierabwehrspray“ gekennzeichnet.¹⁷ Dies mag ein Verkaufstrick sein und die tatsächliche Gefährlichkeit und den Verwendungszweck verschleiern, muss der B dennoch zugute gehalten werden.¹⁸

¹⁴ In der Klausur fehlten im Bearbeitungshinweis genauere Angaben zur Art des Pfeffersprays. Es wurde nicht erwartet, dass die Bearbeiterinnen und Bearbeiter wussten, inwiefern hier das Waffengesetz anwendbar war. Sie sollten sich jedoch wenigstens kurz Gedanken dazu machen, ob eine Waffe in Betracht kommt. Wer hier überzeugend – wie inzwischen verschiedene Stimmen, die vor allem den Einsatz bei den Sicherheitsbehörden in den Blick nehmen, vgl. z.B. *Eick*, Kritische Justiz 2012, 89 (89 f.), und *Gerhold/El-Ghazi*, Neue Kriminalpolitik 2015, 97 (101) – argumentierte, dass das Pfefferspray mit erheblicher verletzender Wirkung als Selbstverteidigungsmittel eingesetzt werden soll, konnte es sich leicht machen und die Waffeneigenschaft bejahen. Dies war aber kaum der Fall; so dass alle anderen sich mit der problematischen Definition des gefährlichen Werkzeugs auseinandersetzen mussten.

¹⁵ Grundlegend BGHSt 48, 197, 203 ff.; vgl. auch *Küper/Zopfs* (Fn. 4), Rn. 758 m. w. N.

¹⁶ § 1 Abs. 2 Nr. 2 lit. a WaffG (i.V.m. Anlage 1 Abschnitt 1 Unterabschnitt 2 Nr. 1.2.2.), vgl. *Heinrich*, in: *Joecks/Miebach* (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 8, 3. Aufl. 2018, § 1 WaffG Rn. 117; *Schmitz*, in: *Joecks/Miebach* (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 3. Aufl. 2017, § 244 Rn. 7; offengelassen in BGH, Urt. v. 20.9.2017 – 1 StR 112/17.

¹⁷ Vermieden werden soll gerade, dass sie unter das Waffengesetz fallen und erheblich mehr Restriktionen unterliegen, vgl. *Jesse*, NStZ 2009, 364.

¹⁸ Die *Autorin* möchte nicht verhehlen, dass sie dieser Trick in der Sache nicht überzeugt; die Details aus dem Bearbeitungshinweis entsprechen der Realität, wie ein Blick in die einschlägigen Onlineshops schnell zeigt. Damit ist die Bezeichnung „Tierabwehrspray“ nicht mehr als ein falsches Etikett; die Sprays werden de facto zur Vermittlung von

bb) Pfefferspray als gefährliches Werkzeug

Zu prüfen bleibt, ob es sich beim Pfefferspray um ein gefährliches Werkzeug handelt. Wann ein solches im Sinne der Norm vorliegt, ist umstritten. Nicht herangezogen werden kann die Definition des gefährlichen Werkzeugs aus § 244 StGB als „Gegenstand, der nach seiner objektiven Beschaffenheit und nach der Art seiner Verwendung als Angriffs- oder Verteidigungsmittel im konkreten Fall geeignet ist, erhebliche Verletzungen herbeizuführen“. ¹⁹ Das nach § 244 StGB ausreichende „Bei-sich-Führen“ lässt nämlich gerade keinen Rückschluss auf die konkrete Verwendung (bzw. den Verwendungsvorsatz) zu. Der Anwendungsbereich für § 244 StGB ist daher gesondert zu bestimmen – wie dies geschehen soll, ist jedoch gerade für diese Norm umstritten.

Am weitesten gehen diejenigen Auffassungen, die eine abstrakt-objektive Sichtweise wählen: Ebenso wie bei der Waffe sei der Begriff nach der objektiven Gefährlichkeit zu bestimmen. ²⁰ Hier ist das in der Dose enthaltene Pfefferspray nach seiner konkreten objektiven Beschaffenheit geeignet, einem Opfer erhebliche Körperverletzungen zuzufügen, diese Auffassung würde daher zum Ergebnis kommen, dass das Pfefferspray auch in der vorliegenden Konstellation ein gefährliches Werkzeug darstellt. B hatte das Pfefferspray in ihrer Tasche, hat es damit nach dieser Auffassung auch bei sich geführt.

Eine einschränkende Auffassung fordert, dass situationsbezogenen Gefährlichkeit bejaht werden kann; d.h. (nur) solche Werkzeuge sind gefährlich, die zum einen objektiv geeignet sind, erhebliche Verletzungen herbeizuführen, situationsbezogen aber auch gerade diesen Sinn haben sollen. Eine Gefährlichkeitsvermutung wird jedoch nur dann widerlegt, wenn das Bei-sich-Führen als normal oder sozialtypisch betrachtet werden kann und deshalb die „Waffenersatzfunktion“ gerade nicht zugeschrieben werden kann. ²¹ Geht man davon aus, dass das Mit-Sich-Führen von Pfefferspray zur Selbstverteidigung inzwischen als sozialadäquat betrachtet wird, ²² müsste diese Auffassung zum Ergebnis kommen, dass noch keine situationsbezogene Gefährlichkeit vorlag, sofern man der Einlassung der B Glauben schenkt. ²³

Sicherheitgefühlen verkauft und zur Abwehr von Menschen bei sich geführt; die Konzentration des OC kann zu ganz erheblichen Verletzungen führen.

¹⁹ *Küper/Zopfs* (Fn. 4), Rn. 782.

²⁰ Z. B. *Fahl*, Jura 2012, 596; vgl. zu den vertretenen Auffassungen auch BGHSt 52, 257; BGH NStZ 2012, 571; BGH, Urt. v. 20.9.2017 – 1 StR 112/17. Umfassend sind die Darstellungen bei *Rengier* (Fn. 5), § 4 Rn. 19 ff. und *Küper/Zopfs* (Fn. 4), Rn. 789 ff.

²¹ *Schmitz*, in: *Joecks/Miebach* (Fn. 16), § 244 Rn. 15.

²² Entsprechend *Rengier* (Fn. 5), § 4 Rn. 33; vgl. auch *Jesse*, NStZ 2009, 364.

²³ Bearbeiterinnen und Bearbeiter von Klausuren müssen wegen des Bearbeitungshinweises („lässt sich unwiderlegt dahingehend ein“) und des Grundsatzes in dubio pro reo ihren Überlegungen diesen behaupteten Sachverhalt zugrunde legen. Ob die Behauptung an der rechtlichen Einschätzung dann im Ergebnis etwas ändert, ist damit noch nicht gesagt.

Schließlich gibt es Auffassungen, die davon ausgehen, dass es wegen der genannten Abgrenzungsschwierigkeiten gerade keine einheitliche Definition des „gefährlichen Werkzeugs“ im Sinne des § 244 StGB geben kann, sondern dass es stets entscheidend auf die konkrete Zweckbestimmung durch den Täter ankommt. ²⁴ Auch diese Auffassung würde hier zum Ergebnis kommen, dass wegen der Tatsache, dass B im Moment des Diebstahls gar nicht an das Pfefferspray dachte, sie kein gefährliches Werkzeug bei sich führte.

Wegen der unterschiedlichen Ergebnisse ist ein Streitentscheid erforderlich. Gegen die zweit- und drittgenannte Auffassung spricht, dass sie sich vom Wortlaut entfernen und letztlich subjektive Kriterien in den objektiven Tatbestand hineinlesen, d. h. einen Verwendungsvorbehalt fordern, die das Merkmal des bloßen Bei-sich-Führens gerade ausschließen soll. Gegen die zuerst genannte Ansicht spricht grundsätzlich, dass sie zu weitgehend Alltagsgegenstände einbezieht, die mehrere Zwecke haben können. Die Besonderheit ist hier allerdings, dass es sich bei einem Pfefferspray zwar mittlerweile offenbar um ein Accessoire handelt, das zum Ausgehen in die Handtasche gehört, dennoch gerade nicht um einen Mehrzweckgegenstand. Sachgerecht ist es wegen der Sozialadäquanz des Bei-sich-führens dennoch, eine einschränkende Auslegung vorzunehmen und in Anlehnung an die hier als zweites genannte Auffassung zu verlangen, dass das Pfefferspray „bewusst gebrauchsbereit“ mitgeführt wird – die Problemlösung wird dann weniger beim Aspekt, was ein gefährliches Werkzeug ist, sondern beim Aspekt, was es „bei sich geführt“ wird, gefunden. ²⁵ Maßgeblicher Gesichtspunkt ist die sich aus der (bewussten) Verfügbarkeit eines derartigen Werkzeugs ergebende Gefahr einer effektiven Anwendung zum Vollendungszeitpunkt, hier also beim Gewahrsamsbruch durch das Einstecken. Im vorliegenden Fall ist die Angabe, dass der B nicht konkret bewusst war, dass sie das Pfefferspray bei sich hatte, plausibel, weil sie es ständig mit sich herumträgt. In dubio pro reo ist hier wegen ihrer Einlassung ein „bewusstes Bei-sich-Führen“ im Ergebnis abzulehnen. ²⁶

2. Ergebnis

B ist nicht gem. § 244 Abs. 1 Nr. 1 lit. a StGB strafbar.

²⁴ *Wessels/Hillenkamp/Schuhr* (Fn. 5), Rn. 274 ff.; *Küper/Zopfs* (Fn. 4), Rn. 789, 793; *Rengier* (Fn. 5), § 4 Rn. 38.

²⁵ So wohl auch *Joecks/Jäger* (Fn. 3), § 244 Rn. 21. Wegen der Subjektivierung ist es auch noch vertretbar, die Frage beim Vorsatz zu prüfen, vgl. für Prüfung beim Vorsatz OLG Schleswig StV 2004, 83.

²⁶ A.A. gut vertretbar, insbesondere mit dem Hinweis, dass der spätere Einsatz zeigt, dass B sich jedenfalls sehr schnell wieder daran erinnern konnte. Die Einlassung der B muss jedoch in der Vorsatzprüfung genau berücksichtigt werden, denn der Vorsatz muss sich eben auch auf das Bei-Sich-Führen erstrecken.

B. Strafbarkeit der C**I. Strafbarkeit gem. §§ 242 Abs. 1, 25 Abs. 2 StGB**

C könnte sich des Diebstahls in Mittäterschaft gem. §§ 242 Abs. 1, 25 Abs. 2 StGB strafbar gemacht haben, wenn ihr die Tathandlung der B, d.h. das Einstecken des Telefons, über § 25 Abs. 2 StGB zugerechnet werden kann, sie daher die Tat „gemeinschaftlich“ mit B begangen hat.

1. Tatbestand

Wie die mittäterschaftliche Begehungsweise von einer bloßen Gehilfenhandlung abzugrenzen ist, ist umstritten,²⁷ wobei sich die eine Gruppe der Auffassungen stärker auf den gemeinschaftlichen Tatentschluss und das gemeinsame Tatinteresse, d.h. auf subjektive Kriterien,²⁸ die andere stärker auf die gemeinschaftliche Tatbestandsverwirklichung und die innegehabte Tatherrschaft der betreffenden Person, d.h. auf objektive Kriterien bezieht.²⁹

Hier nahm die C nicht selbst weg, war aber insofern aktiv an der Tatausführung beteiligt, als sie bei der täuschungsbedingten Gewahrsamslockerung eine Rolle spielte und das Telefon „auslieh“. Sie war jedoch nicht diejenigen, die das Geschehen beherrscht hat und gegenüber der Wegnahmehandlung – dem Einstecken –, war ihr Tatbeitrag der C untergeordnet. C hatte außerdem kein eigenes Tatinteresse; sie war am Handy oder auch nur am Erfolg der Tat (Geschenk für A) nicht weiter interessiert. Auch insofern, d.h. nach den eher subjektiv orientierten Auffassungen kommt hier lediglich eine Gehilfenhandlung in Betracht.

2. Ergebnis

C ist nicht gem. §§ 242 Abs. 1, 25 Abs. 2 StGB strafbar.

II. Strafbarkeit gem. §§ 242 Abs. 1, 27 StGB

C könnte sich aber der Beihilfe zum Diebstahl gem. §§ 242 Abs. 1, 27 StGB strafbar gemacht haben, indem sie dem X vorspiegelte, dass sie das Telefon nur für ein Notfalltelefonat ausleihen wolle.

*1. Tatbestand**a) Objektiver Tatbestand**aa) Haupttat*

Eine vorsätzliche rechtswidrige Haupttat liegt durch den von B begangenen Diebstahl vor.

²⁷ Eine Gesamtdarstellung findet sich z.B. bei *Hillenkamp/Cornelius*, 32 Probleme aus dem Strafrecht, Allgemeiner Teil, 15. Aufl. 2017, S. 161 ff.

²⁸ Vor allem die Rechtsprechung folgt dieser Linie, vgl. schon RGSt 2, 160; BGHSt 2, 150; vgl. auch *Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 66. Aufl. 2019, § 25 Rn. 4 ff.

²⁹ Diese Auffassungen sind im Detail vielfältiger, vgl. z.B. *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 25 Rn. 13; *Joecks/Jäger* (Fn. 3), § 25 Rn. 32 ff.; *Murmann*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 2017, § 27 Rn. 8; Einzelheiten waren hier aber nicht notwendig und nicht verlangt.

bb) Hilfeleisten

Die Handlung der C müsste sich als Hilfeleistung darstellen. Hilfeleistung wird als Förderung der Haupttat durch Rat oder Tat verstanden.³⁰ Hier ist die skizzierte Handlung der C, die Bitte in der vorgebliche Notfallsituation zu telefonieren, die aktive Förderung der Haupttat durch Täuschung.

Hätte C nicht an der Täuschung mitgewirkt, wäre der Taterfolg (jedenfalls so) nicht eingetreten. Der Streit, ob eine Kausalität für den Erfolg notwendig ist oder irgendeine Förderung ausreicht,³¹ muss daher hier nicht entschieden werden, da die Voraussetzungen auch der engeren Auffassung – Kausalität für den Taterfolg – gegeben sind.

b) Subjektiver Tatbestand

C hatte Vorsatz sowohl bezüglich der Haupttat, als auch bezüglich ihres Tatbeitrages, der Hilfeleistung.

2. Rechtswidrigkeit und Schuld

Sie handelte rechtswidrig und schuldhaft.

3. Ergebnis

C ist wegen Beihilfe zum Diebstahl gem. §§ 242 Abs. 1, 27 StGB strafbar.

C. Strafbarkeit des A gem. §§ 242 Abs. 1, 26 StGB

A könnte sich gem. §§ 242 Abs. 1, 26 strafbar gemacht haben, indem er die B aufgefordert hat, ihm das Smartphone des X zu „besorgen“.

I. Tatbestand*1. Objektiver Tatbestand**a) Haupttat*

Eine vorsätzliche rechtswidrige Haupttat liegt durch den von B begangenen Diebstahl vor.

b) Bestimmen zur Tat

Die Aufforderung des X müsste sich als Bestimmen im Sinne des § 26 StGB darstellen. „Bestimmen“ ist das Hervorrufen des Tatentschlusses.³² Ohne die die Aufforderung und die genauen Vorgaben des A und wäre die B nicht auf die Idee gekommen, diese Tat mit dem entsprechenden Tatablauf zu begehen – er hat sie daher zur Tat bestimmt.

2. Subjektiver Tatbestand

A hatte sowohl Vorsatz bezüglich der Haupttat, als auch bezüglich seines Tatbeitrages, dem Bestimmen zur Tat.

II. Rechtswidrigkeit und Schuld

Er handelte rechtswidrig und schuldhaft.

³⁰ *Joecks/Jäger* (Fn. 3), § 27 Rn. 5.

³¹ Vgl. hierzu z.B. *Murmann* (Rn. 29), § 27 Rn. 124 ff.

³² *Joecks/Jäger* (Fn. 3), § 26 Rn. 9.

III. Ergebnis

A ist wegen Anstiftung zum Diebstahl gem. §§ 242 Abs. 1, 26 StGB strafbar.

2. Tatkomplex: An der Bushaltestelle – die Auseinandersetzung zwischen B und X**I. Strafbarkeit der B gem. §§ 252, 250 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 Nr. 1 StGB³³**

Indem B dem X das Pfefferspray vorhielt, um ihn von seiner Rückforderung abzubringen, könnte sie sich gem. §§ 252, 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. a, Abs. 2 StGB wegen räuberischen Diebstahls mit Waffen strafbar gemacht haben.

*1. Objektiver Tatbestand**a) Taugliche Vortat*

Ein vollendeter Diebstahl liegt, wie oben geprüft, als taugliche Vortat vor.

b) Qualifiziertes Nötigungsmittel

B müsste qualifiziert genötigt haben, d. h. Gewalt verübt oder mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben gedroht haben. Hier liegt wegen der konkludenten Ankündigung, dem X Pfefferspray ins Gesicht zu sprühen, wenn er nicht von seiner Rückforderung ablässt, eine Drohung mit einer gefährlichen Körperverletzung, d. h. die zweite Tatbestandsvariante vor.

c) Auf frischer Tat betroffen

Die B müsste die Drohung „bei“ einem Diebstahl, jedoch noch „auf frischer Tat betroffen“, ausgesprochen haben. Wie dieses Merkmal zu verstehen ist, ist umstritten. Auf frischer Tat ist jedenfalls betroffen, wer am Tatort oder nahe des Tatorts und alsbald nach Tatausführung als Täter oder Täterin wahrgenommen wird.³⁴ B ist beim Einstecken des Handys von X beobachtet worden, insofern wurde sie wahrgenommen bzw. betroffen. Fraglich ist aber, wie weit der „raumzeit-

liche Zusammenhang“³⁵ d. h. Tatortnähe und zeitliche Dimension ausdehnen ist. Mit Blick auf den Sinn der Norm, das Opfer vor endgültigen Verlust seiner Sache zu schützen, ist anzuerkennen, dass ein ununterbrochener zeitlicher und räumlicher Zusammenhang in Gestalt der sog. „Nacheile“ auch dann ausreichen muss, wenn sich die Tathandlung nach einiger Zeit und entfernt vom Tatort zuträgt. Die zeitliche-materielle Grenze liegt nach dieser Auffassung beim endgültigen Verlust der Sache durch Beutesicherung, d. h. der Beendigung des Diebstahls.³⁶

Die Wegnahme ist hier durch das Einstecken durch B abgeschlossen, die Beute jedoch nicht endgültig gesichert, eine materielle Beendigung der Tat liegt damit noch nicht vor. Täterin und Tatopfer sind nicht mehr am Tatort, aber kommen zusammen von dort, d. h. es gibt einen ausreichenden räumlichen Zusammenhang. Seit der Tat ist ca. eine halbe Stunde vergangen, aber es hat keine Unterbrechung des Zusammenseins von Täterin und Tatopfer gegeben, d. h. auch der zeitliche Zusammenhang ist eng genug. Insgesamt ist eine „frische Tat“ zu bejahen.³⁷

d) Verwenden eines gefährlichen Werkzeugs

Die konkludente Bedrohung erfolgte mit dem Pfefferspray. Hier gilt das oben Gesagte: Objektiv ist das Pfefferspray wegen seiner Eignung, einen Angreifer abzuwehren und ihm ggf. Verletzungen zuzufügen grundsätzlich als gefährliches Werkzeug zu betrachten. Die bei § 244 StGB und entsprechend bei § 250 StGB³⁸ zu bejahenden Einschränkungen erfolgen über das Merkmal des „Bei-Sich-Führens“, das nach der oben befürworteten Auffassung ein Bewusstsein für das Vorhandensein und die potenzielle Gebrauchsmöglichkeit verlangt. Im Gegensatz zur Konstellation im 1. Tatkomplex hat sich jetzt aber dieses Bewusstsein aktualisiert, möglicherweise, weil X die B angefasst hat. B hat das Spray nun nicht nur bei sich geführt (§ 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. a StGB), sondern sogar gem. § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB aktiv „verwendet“, hierfür genügt auch der Einsatz zur Drohung.³⁹

2. Subjektiver Tatbestand

B handelte vorsätzlich und ausweislich der Sachverhaltsangaben auch gerade um sich im Besitz des gestohlenen

³³ Hier konnten diejenigen, die im 1. Tatkomplex einen Betrug bejaht hatten, keinen § 252 StGB prüfen – es fehlt an einem Diebstahl. Sie mussten dann ausführlicher auf die in § 252 StGB enthaltene und insofern hier nicht gesondert geprüfte Nötigung gem. § 240 StGB eingehen und die Punkte wurden dort verteilt. Zur Überlegung, ob sich eine Sicherungserpressung feststellen lässt vgl. *Duttge/Burghardt*, Jura 2018, 515 (526 f.). Da dies mangels weiterem Vermögensschaden zu verneinen ist, bliebe das Pfefferspray ohne gesonderte Betrachtung, sollte aber wenigstens ausdrücklich bei der Verwerflichkeit in § 240 StGB erwähnt werden. Achtung: § 241 StGB kann nicht angenommen werden – die Drohung mit dem Pfefferspray ist die Drohung mit einer gefährlichen Körperverletzung, d. h. kein Verbrechen.

³⁴ *Sander*, in: *Joecks/Miebach* (Fn. 16), § 252 Rn. 11 m. w. N. Die Frage, ob es ausreicht, dass sich der Dieb oder die Diebin entdeckt, d. h. subjektiv „betroffen“ fühlt (vgl. *Bosch*, in: *Schönke/Schröder* [Fn. 3], § 252 Rn. 4), ohne dass dies tatsächlich der Fall ist, muss hier nicht erörtert werden.

³⁵ BGHSt 28, 224 (230) = BGH NJW 1979, 726.

³⁶ Z. B. *Vogel*, in: *Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann* (Hrsg.), *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, Bd. 8, 12. Aufl. 2010, § 252 Rn. 7; ausführlich zur Frage auch *Küper/Zopfs* (Fn. 4), Rn. 155 f.

³⁷ Man hätte hier auch anders argumentieren und zu einem abweichenden Ergebnis kommen können – auffällig war aber, dass viele Bearbeiterinnen und Bearbeiter gar kein Problembewusstsein entwickelten und insbesondere das Konzept der Nacheile nicht kannten.

³⁸ Die Wertungen, was ein gefährliches Werkzeug ist, variieren zwischen § 224 StGB und § 244 StGB, nicht aber innerhalb der Gruppe der Eigentumsdelikte, vgl. *Küper/Zopfs* (Fn. 4), Rn. 789.

³⁹ *Joecks/Jäger* (Fn. 3), § 250 Rn. 30.

Gutes zu erhalten, d.h. mit der notwendigen Beutesicherungsabsicht.

3. Rechtswidrigkeit und Schuld

Sie handelte rechtswidrig und schuldhaft.

II. Ergebnis

B ist wegen schweren räuberischen Diebstahls gem. §§ 252, 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB strafbar.

3. Tatkomplex: Beim Abendessen

I. Strafbarkeit des A gem. § 259 StGB

A könnte sich der Hehlerei gem. § 259 StGB strafbar gemacht haben, indem er von B das Mobiltelefon entgegennahm, das sie zuvor dem X gestohlen hatte.

1. Objektiver Tatbestand

a) Tatobjekt

A müsste die Hehlereihandlung an einer Sache, die ein anderer gestohlen hat, begangen haben. Das Smartphone wurde, wie oben geprüft, dem X von B gestohlen. Fraglich ist dabei aber, ob es sich aus Sicht der A tatsächlich um die Tat eines „anderen“ im Sinne des § 259 StGB handelte, oder ob die Tatsache, dass A zu dieser Tat angestiftet hat, daran etwas ändert. Überwiegend wird davon ausgegangen,⁴⁰ dass jede Tat, die der Betroffene nicht als „eigene“ begangen hat (d.h. nicht als Täter oder Mittäter) sich als eine fremde Tat darstellt, so dass auch der Anstifter zu Vortat Hehler sein kann. Diese Auffassung beruft sich dabei vor allem auf den Wortlaut. Einwenden lässt sich, dass der Anstifter wie der Haupttäter bestraft wird, für den ja keine Hehlerei in Betracht kommt, und insofern ein zusätzliches Rechtsschutzbedürfnis fraglich ist. Letztlich ist kommt man jedoch am systematische Argument nicht vorbei, dass bei § 257 StGB die Ausnahme der Beteiligten von der Strafbarkeit ausdrücklich geregelt ist, diese Ausnahme sich in § 259 StGB aber gerade nicht findet.⁴¹

b) Taugliche Tathandlung

Von den in § 259 StGB erfassten Tathandlungen, die alle ein einverständliches Verhalten umschreiben, kommt hier die Auffangvariante des „Sich-Verschaffens“ in Betracht. Es liegt vor, wenn eine Person eine selbständige tatsächliche Verfügungsgewalt zu eigenen Zwecken über die gehehlte Sache erhalten soll.⁴² Das ist bei einer Sache, die als „Geschenk“ übergeben wird, der Fall. Durch die Annahme als Geschenk hat sich A damit die Sache verschafft.

2. Subjektiver Tatbestand

A handelte mit Vorsatz und der erforderlichen Bereicherungsabsicht.

3. Rechtswidrigkeit und Schuld

Er handelte rechtswidrig und schuldhaft.

II. Ergebnis

A ist wegen Hehlerei gem. § 259 StGB strafbar.

Konkurrenzen und Gesamtergebnis

B ist gem. §§ 252, 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB wegen schweren räuberischen Diebstahls strafbar, der den zuvor begangenen einfachen Diebstahl verdrängt (Spezialität).

A ist gem. §§ 242 Abs. 1, 26 StGB wegen Anstiftung zum Diebstahl und gem. § 259 StGB wegen Hehlerei strafbar. Die Taten stehen als getrennte Ereignisse gem. § 53 StGB in Realkonkurrenz zueinander.

C ist gem. §§ 242 Abs. 1, 27 StGB wegen Beihilfe zum einfachen Diebstahl strafbar.

⁴⁰ H.M. seit BGHSt 7, 134, vgl. *Maier*, in: Joecks/Miebach (Fn. 16), § 259 Rn. 61 m.w.N.

⁴¹ *Maier* (Fn. 40), § 259 Rn. 61.

⁴² BGHSt 27, 160 (163), *Wessels/Hillenkamp/Schuhr* (Fn. 5), Rn. 846.