

## „Auf frischer Tat betroffen“ im Rahmen des § 252 StGB

**Fallbeispiel zur Problemverdeutlichung:** A ist in die Büroräume der X-GmbH eingedrungen und hat wertvolle Unterlagen sowie Geld aus dem Tresor in seine mitgebrachte Tasche gesteckt. Als er im Begriff ist, die Räumlichkeiten zu verlassen, bemerkt er, dass der nichtsahnende Nachtportier N gerade die Eingangstüre des Gebäudes aufschließt. A versteckt sich rasch hinter der ersten Bürotür und schlägt N, als dieser die Türe passieren will, mit einem schweren Kristallaschenbecher nieder, um unerkannt mit der Beute fliehen zu können. N hatte die Anwesenheit des A bis zu diesem Schlag nicht bemerkt und erfährt davon erst, als er am nächsten Tag mit einer schweren Kopfverletzung im Krankenhaus erwacht.

**Rechtliche Problematik:** Neben einer gefährlichen Körperverletzung, § 224 Nr. 2, 5 StGB, und einem besonders schweren Fall des Diebstahls, §§ 242, 243 I 2 Nr. 1 und Nr. 2, stellt sich die Frage, ob A wegen eines räuberischen Diebstahls, § 252 StGB, zu bestrafen ist. Dies hängt davon ab, ob N den A „auf frischer Tat betroffen“ hat, obwohl er ihn bis zum Zeitpunkt der Gewaltanwendung nicht bemerkt hatte.

### 1. Wahrnehmungstheorie

**Vertreter:** *Dreher*, MDR 1976, 529; *Fezer*, JZ 1975, 609; *Geppert*, JURA 1990, 552 (556 f.); *Krey*, ZStW 101 (1989), 838 (849); *LK-Vogel*, § 252 Rn. 20 ff.; *Mitsch*, BT 2, 559 ff.; *MüKo-Sander*, § 252 Rn. 8 ff.; *Schmidhäuser*, 8/58; *Schnarr*, JR 1979, 314; *Seelmann*, JuS 1986, 201 (206); *Seier*, JuS 1979, 336 (338); *Wessels/Hillenkamp/Schuhr*, BT 2, Rn. 401.

**Inhalt:** „Auf frischer Tat betroffen“ ist nur, wer bei einem Diebstahl wahrgenommen wird.

**Argument:** Wortlautgrenze: „Betroffen“ sein kann nur derjenige, der wahrgenommen wird. Dies kann dann nicht mehr der Fall sein, wenn der Täter dem Betroffensein durch die Gewaltanwendung zuvor kommt und dadurch das „Betroffensein“ gerade verhindert. Andernfalls läge eine verbotene Analogie zuungunsten des Täters vor.

**Konsequenz:** Gewaltanwendung im Rahmen eines Diebstahls muss nicht notwendig zu einer Raubstrafe führen.

**Kritik:** Der Täter, der das Opfer aus dem Hinterhalt überfällt, wird gegenüber demjenigen, der mit ihm offen konfrontiert wird, unzulässigerweise privilegiert. Ferner ist es nicht einzusehen, warum derjenige, der kleinere Gegenstände wegnimmt (Diebstahl in der Regel vollendet), gegenüber demjenigen, der größere Gegenstände entwendet (Wegnahme in der Regel noch nicht vollendet, daher Bestrafung wegen Raubes, § 249 StGB), privilegiert wird.

### 2. Objektive Theorie

**Vertreter:** **Rechtsprechung:** BGHSt 26, 95; vgl. aber auch BGHSt 28, 224 (227).

**Aus der Literatur:** *Blei*, § 58 III 1; *Eisele*, BT II, Rn. 402 ff.; *Fischer*, § 252 Rn. 5 f.; *Geilen*, JURA 1980, 43; *Krey/Hellmann/Heinrich*, BT 2, Rn. 310 f.; *Lackner/Kühl*, § 252 Rn. 4; *LK-Vogel*, 12. Aufl., § 252 Rn. 19 f.; *Maurach/Schroeder/Maiwald/Hoyer/Momsen*, BT 1, § 35 Rn. 41; *Otto*, § 46 Rn. 54 f.; *NK-Kindhäuser*, § 252 Rn. 8 f.; *Perron*, GA 1989, 145 (163); *Rengier*, BT 1, § 10 Rn. 8 ff.; *Schönke/Schröder-Bosch*, § 252 Rn. 4; *Schünemann*, JA 1980, 398; *SK-Sinn*, § 252 Rn. 9 ff.

**Inhalt:** „Auf frischer Tat betroffen“ sein kann auch derjenige, der dem Bemerktworden durch seine Gewaltanwendung zuvorkommt.

**Argument:** Es muss jede Gewaltanwendung von § 252 erfasst werden, die sich zeitlich und räumlich an die Begehung eines Diebstahls anschließt und der Beutesicherung dient. Allein durch eine solche Auslegung des „Betroffenseins“ wird gewährleistet, dass die erhöhte Gefährlichkeit einer Gewaltanwendung im Zusammenhang mit einem Diebstahl entsprechend geahndet wird. Es kann hier nicht darauf ankommen, ob das Opfer den Täter kurzfristig wahrnimmt oder nicht, wenn feststeht, dass der Täter in jedem Falle Gewalt angewendet hätte. Im Gegenteil erhöht sich die Gefährlichkeit für das Opfer sogar noch, wenn es den Täter zuvor nicht wahrgenommen hat und insoweit auch keine Verteidigungsbereitschaft besitzt.

**Konsequenz:** Gewaltanwendung im Rahmen eines Diebstahls führt regelmäßig zu einer Raubstrafe.

**Kritik:** Die Grenze zulässiger Wortlautauslegung wird überschritten. Auch würde das Merkmal des „Betroffenseins“ seine eigenständige Funktion verlieren, wenn jede Gewaltanwendung hier zu einer Bestrafung nach § 252 StGB führen würde.