

## Probeexamen Oktober 2024 – Lösung Klausur 6 (Strafrecht)

### A. Beim Konzert

#### I. Strafbarkeit des A gem. § 253 Abs. 1 StGB durch Inaussichtstellen, er würde der Arbeitgeberin von P von dessen Zweitverdienst erzählen

##### 1. Objektiver Tatbestand

###### a) Drohung

Drohung = Inaussichtstellen eines Übels, auf das Drohender Einfluss zu haben vorgibt.<sup>1</sup>

Grds. (+); allerdings wäre es A nicht verboten gewesen, die Arbeitgeberin von P zu informieren. Er drohte also mit einem „erlaubten Übel“. Fraglich ist, ob dies ausreicht.

- **M<sub>1</sub>:** § 253 StGB schütze nur die rechtlich garantierte Freiheit. Die Drohung mit einem erlaubten Tun ist daher zur Erfüllung des Tatbestands nicht ausreichend.
  - **(+)** Das Übel ist dann nicht „empfindlich“, wenn von dem Bedrohten aus Rechtsgründen zu erwarten ist, dass er „der Drohung in besonnener Selbstbehauptung“ standhält.<sup>2</sup>
- **M<sub>2</sub>:** Auch die Drohung mit einem erlaubten Tun kann tatbestandsmäßig sein.<sup>3</sup>
  - **(+)** Die „Empfindlichkeit“ des Übels lässt sich nicht abstrakt bestimmen, „Verkoppelung von Mittel und Zweck“ muss bedacht werden.<sup>4</sup> Besteht zwischen dem angedrohten (und erlaubten) Übel und der erstrebten Gegenleistung kein Konnex bzw. „innerer Zusammenhang“, ist die Drohung tatbestandsgemäß.

Ein Zusammenhang zwischen dem Unterlassen der Mitteilung von A an die Arbeitgeberin von P (Leistung) und dem Einlass zum Konzert (Gegenleistung) ist nicht ersichtlich. A drohte P – folgt man dieser Ansicht – mit einem „empfindlichen Übel“.

Anmerkung: Mit entsprechender Begründung lassen sich beide Ansichten vertreten. Wird eine Drohung verneint, müsste die Prüfung jedoch hilfsweise fortgesetzt werden.

###### b) Drohung zu einer Handlung, Duldung oder Unterlassung: Einlassgewährung (+)

###### c) Nötigungserfolg

Die Frage, ob das abgenötigte Verhalten den Charakter einer Vermögensverfügung haben muss oder nicht, kann offenbleiben, weil eine solche vorliegt. Der Zutritt zum Konzert wird nur gegen Entgelt angeboten. P unterlässt die Geltendmachung des Zahlungsanspruchs und verfügt so über Vermögen.

###### d) Vermögensnachteil

Es müsste auch ein Vermögensnachteil entstanden sein. P ist lediglich Mitarbeiter des Konzertveranstalters, sodass ihm selbst aus dem Einlass des A kein Vermögensnachteil erwächst. Jedoch erleidet der Konzertveranstalter einen solchen. Es handelt sich damit um eine **Dreieckerpressung**.<sup>5</sup> Wie bei § 263 StGB ist auch bei § 253 StGB in Dreieckskonstellationen zu fordern, dass der Verfügende „im

<sup>1</sup> Joecks/Jäger StGB, 13. Aufl. 2021, § 253 Rn. 9.

<sup>2</sup> Horn NStZ 1983, 497 (499).

<sup>3</sup> BeckOK StGB/Valerius, 62. Ed. (1.8.2024), § 240 Rn. 37.

<sup>4</sup> Maurach/Schroeder/Maiwald/Hoyer/Momsen, Strafrecht BT I, 11. Aufl. 2019, § 13 Rn. 26.

<sup>5</sup> Vgl. zu einer solchen Konstellation BGHSt 41, 123 ff.

Lager“ des Geschädigten steht<sup>6</sup> bzw. zur Verfügung über das Vermögen des Geschädigten „befugt“ ist.<sup>7</sup> Beides ist hier der Fall: P ist Mitarbeiter des Konzertveranstalters. Er steht also „im Lager“ des Geschädigten. Er hat außerdem die Aufgabe, die Tickets an der Tageskasse zu verkaufen. Ihm kommt daher die Befugnis zu, Zahlungsansprüche gegenüber den Konzertbesucher:innen geltend zu machen.

Der Vermögensnachteil bestimmt sich danach, ob die Vermögenslage nach der Vermögensverfügung bei einer Gesamtsaldierung ungünstiger ist als davor.<sup>8</sup> Durch den Verzicht auf die Geltendmachung eines Zahlungsanspruchs für den Konzertbesuch ist dieser zumindest wirtschaftlich entwertet. Das vertragsmäßige Äquivalent (das Konzert) wurde hingegen erbracht. Ein Negativsaldo liegt vor. Dass A mangels „Kleingeld“ kein Ticket erworben hätte, wenn seine Drohung keinen Erfolg gehabt hätte, bleibt als hypothetisches Szenario außer Betracht.

Anmerkung: Gut vertretbar erscheint es auch, die Frage des Vermögensschadens mit entsprechender Begründung abzulehnen. So kann man argumentieren, dass sich A zwar durch den Einlass ohne Zahlung eines Entgelts bereichert, der Konzertveranstalter aber – die Drohung des A und die dadurch bedingte Gewährung des Zutritts ohne Kauf eines Tickets hinweggedacht – gleichwohl den Ticketpreis nicht erhalten hätte (Geld für ein Ticket hat A nicht, er wäre daher an der Tageskasse abgewiesen worden). Dass der Veranstalter durch den Einlass des A andere (zahlende) Kunden abweisen musste, geht aus dem Sachverhalt nicht hervor.

## 2. Subjektiver Tatbestand: Vorsatz und Bereicherungsabsicht (+)

## 3. Rechtswidrigkeit, insb. Verwerflichkeit (§ 253 Abs. 2 StGB), und Schuld (+)

## 4. Ergebnis: § 253 Abs. 1 StGB (+)

Die mitverwirklichte Nötigung (§ 240 Abs. 1 StGB) tritt im Wege der Spezialität zurück.

## II. Strafbarkeit des A gem. § 265a Abs. 1 Var. 4 StGB durch Konzertbesuch und Passieren der Zugangskontrolle ohne Ticket

### 1. Objektiver Tatbestand

#### a) Veranstaltung:<sup>9</sup> Konzert (+)

#### b) Entgeltspflichtigkeit der Veranstaltung (+)

#### c) Erschleichen

A müsste sich die Leistung auch „erschlichen“ haben. Im Rahmen der Var. 4 ist anerkannt, dass dafür nicht der schlichte Zutritt zu einer Veranstaltung ausreichen kann. Es müssen vielmehr Kontrollmaßnahmen umgangen werden.<sup>10</sup> Problem: Kann jede Umgehung von Kontrollmaßnahmen – etwa auch die Bedrohung von Kontrollpersonen – ein tatbestandsmäßiges Erschleichen begründen?

Zum Umgehungsmoment muss ein *Verdeckungsmoment* hinzutreten. Der Wortlaut „Erschleichen“ impliziert ein auf Verdeckung der wahren Absichten gerichtetes Vorgehen. Wird also eine Kontrollperson wie hier durch Zwang dazu gebracht, dem Täter Zutritt zu gewähren, ist der Tatbestand nicht erfüllt.<sup>11</sup>

<sup>6</sup> Wessels/Hillenkamp/Schuhr, Strafrecht BT II, 46. Aufl. 20232, Rn. 756

<sup>7</sup> Münchener Kommentar StGB/Hefendehl, 4. Aufl. 2022, § 263 Rn. 465 zum Betrug.

<sup>8</sup> Münchener Kommentar StGB/Sander, 4. Aufl. 2021, § 253 Rn. 24.

<sup>9</sup> Zum Begriff der „Veranstaltung“ siehe BeckOK StGB/Valerius, 62. Ed. (1.8.2024), § 265a Rn. 8.

<sup>10</sup> Rengier, Strafrecht BT I, 26. Aufl. 2024, § 16 Rn. 20.

<sup>11</sup> Münchener Kommentar StGB/Hefendehl, 4. Aufl. 2022, § 265a Rn. 195.

Anmerkung: Eine a.A., wonach § 265a StGB auch erfüllt ist, wenn eine Kontrollperson (z.B. durch Bestechung/Zwang) zur Zutrittsgewährung veranlasst wird, ist ebenfalls vertretbar.<sup>12</sup>

## 2. Ergebnis: § 265a Abs. 1 Var. 4 StGB (-)

Anmerkung: Die Strafbarkeit kann hier auch unter Verweis auf die Subsidiaritätsklausel in § 265a Abs. 1 a.E. StGB verneint werden, wenn zuvor eine Erpressung bejaht wurde.

## III. Strafbarkeit des A gem. § 123 Abs. 1 StGB durch Betreten der Konzerthalle ohne Eintrittskarte

### 1. Objektiver Tatbestand

#### a) Taugliches Tatobjekt: Konzerthalle als Geschäftsraum<sup>13</sup> (+)

#### b) Eindringen

Eindringen = Betreten des Raums gegen oder ohne den Willen des Berechtigten.<sup>14</sup> P hat als Angestellter des Hausrechtsinhabers und insoweit hierüber Dispositionsbefugter dem A Zutritt in die Konzerthalle gewährt, war also mit dem Zutritt einverstanden. Jedoch hat A das Einverständnis von P durch rechtswidriges Verhalten erlangt. Fraglich ist, ob dennoch ein „Eindringen“ vorliegt.

Es ist zu differenzieren: Das durch Täuschung erlangte Einverständnis hindert die Tatbestandserfüllung, weil sich der Inhaber des Hausrechts durch die mögliche Aufforderung an den Betreffenden, sich zu entfernen, ausreichenden Schutz nach § 123 StGB verschaffen kann.<sup>15</sup> Wird jedoch wie hier das Einverständnis „abgenötigt“, so liegt ein „Eindringen“ vor.<sup>16</sup>

### 2. Subjektiver Tatbestand (+)

### 3. Ergebnis: § 123 Abs. 1 StGB (+)

## IV. Strafbarkeit des A gem. § 242 Abs. 1 StGB durch Entnahme der Karte aus der Tasche

### 1. Objektiver Tatbestand (+)

### 2. Subjektiver Tatbestand

#### a) Vorsatz (+)

#### b) Zueignungsabsicht

##### aa) Absicht vorübergehender Aneignung (+)

##### bb) Vorsatz dauerhafter Enteignung

Der Wille des A müsste darauf gerichtet gewesen sein, den Eigentümer der ec-Karte auf Dauer aus seiner wirtschaftlichen Position zu verdrängen, wobei insoweit dolus eventualis genügt.

<sup>12</sup> Vgl. z.B. Lackner/Kühl/Heger StGB, 30. Aufl. 2023, § 265a Rn. 6a; BeckOK StGB/Valerius, 62. Ed. (1.8.2024), § 265a Rn. 20, 22.

<sup>13</sup> Münchener Kommentar StGB/Feilcke, 4. Aufl. 2021, § 123 Rn. 13.

<sup>14</sup> Matt/Renzikowski/Kuhli StGB, 2. Aufl. 2020, § 123 Rn. 26.

<sup>15</sup> Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, Strafrecht BT, 4. Aufl. 2021, § 8 Rn. 12.

<sup>16</sup> BeckOK StGB/Rackow, 62. Ed. (1.8.2024), § 123 Rn. 14; insoweit weiter differenzierend Schönke/Schröder/Schittenhelm StGB, 30. Aufl. 2019, § 123 Rn. 22.

### (1) Hinsichtlich der Sachsubstanz (-)

A hatte von Anfang an vor, die ec-Karte wieder zurück in die Umhängetasche zu stecken.

### (2) Hinsichtlich des Sachwerts

- **M<sub>1</sub>**: Nach einem restriktiven Sachwertbegriff ist lediglich der in der Sache selbst unmittelbar verkörperte Wert (lucrum ex re) zueignungsfähig.<sup>17</sup>
  - Guthaben auf dem Girokonto ist kein der ec-Karte innewohnender Wert (anders beim Sparbuch Legitimationspapier i.S.d. § 808 BGB).<sup>18</sup> Der kontaktlose Bezahlvorgang ändert daran nichts.
  - Beschränkt man den Sachwertbegriff auf den in der Sache verkörperten Wert, so bewegt sich dieser bei der ec-Karte im Cent-Bereich. Dieser Wert wird aber nicht entzogen, da das Plastik nach der Nutzung der Karte den gleichen Wert wie zuvor hat.
- **M<sub>2</sub>**: Nach einem extensiven Sachwertbegriff kann auch der mit der Sache erzielbare Wert (lucrum ex negotio cum re) Gegenstand der Zueignung sein.<sup>19</sup> Danach wäre das Guthaben auf dem Girokonto hier als taugliches Zueignungsobjekt erfasst. Denn es handelt sich um einen Wert, der über die Nutzung der ec-Karte erlangt/verwendet werden kann.

Nach der letztgenannten Ansicht würde der Diebstahl von einem Eigentumsdelikt faktisch in ein Vermögensdelikt umgedeutet.<sup>20</sup> Zudem würde die grundsätzliche Straflosigkeit der bloßen Gebrauchsmaßnahme unterlaufen werden.<sup>21</sup> Gefolgt wird daher der erstgenannten Ansicht.

Anmerkung: Mit entsprechender Begründung ist auch die andere Ansicht noch vertretbar.

### (3) Zwischenergebnis: Enteignungsvorsatz (-)

### 3. Ergebnis: § 242 StGB (-)

Anmerkung: Damit scheidet auch eine Unterschlagung (§ 246 StGB) aus, weil es am Vorsatz hinsichtlich der Zueignung mangelt.

## V. Strafbarkeit des A gem. § 263 Abs. 1 StGB durch Verwenden der ec-Karte

### 1. Objektiver Tatbestand

#### a) Täuschung (+)

#### b) Irrtum

Fraglich ist, ob die Angestellten des Konzertveranstalters, die das Getränk verkauften, wenigstens ein sachgedankliches Mitbewusstsein hinsichtlich der Berechtigung des A zur Nutzung der Karte hatten. Die Berechtigung zur Nutzung der Karte war für den Konzertveranstalter bzw. die in seinem Lager stehenden Angestellten ohne Relevanz. Wird eine ec-Karte bei der kontaktlosen Bezahlung auf das ec-Karten-Terminal aufgelegt, überprüft der Bankcomputer nur, ob die ec-Karte in keine Sperrdatei eingetragen ist, der Verfügungsrahmen nicht überschritten wird und ob die Voraussetzungen der PIN-Abfrage im konkreten Fall vorliegen.<sup>22</sup> Sind alle Voraussetzungen erfüllt, gibt das kartenausgebende

<sup>17</sup> Bockelmann ZStW 65 (1953), 569 (575); Schönke/Schröder/Bosch, 30. Auflage 2019, StGB, § 242 Rn. 49.

<sup>18</sup> Münchener Kommentar BGB/Habersack, 9. Aufl. 2024, § 808 Rn. 10.

<sup>19</sup> In diese Richtung Wessels JZ 1965, 631 (633 f.) und Systematischer Kommentar StGB/Hoyer, 10. Aufl. 2024, § 242 Rn. 73.

<sup>20</sup> Bockelmann ZStW 65 (1953), 569 (575).

<sup>21</sup> Ensenbach ZStW 124 (2012), 343 (345).

<sup>22</sup> OLG Hamm NStZ 2020, 673 (674).

Institut die Erklärung gegenüber dem Zahlungsempfänger ab, die Forderung werde in Höhe des autorisierten Betrags beglichen.<sup>23</sup>

Angesichts dessen hatten die Angestellten des Konzertveranstalters keinen Anlass, sich über die Berechtigung des A Gedanken zu machen.<sup>24</sup> Sie hatten dahingehend kein sachgedankliches Mitbewusstsein und erlagen somit keinem Irrtum.<sup>25</sup>

## 2. Ergebnis: § 263 Abs. 1 StGB (-)

### VI. Strafbarkeit des A gem. §§ 263 Abs. 1, Abs. 2, 22 f. StGB (-)

Wäre A zur PIN-Eingabe aufgefordert worden, so hätte er keine Manipulationshandlungen vornehmen wollen. Der schlichte Wille, die Karte ohne Kontrolle einsetzen zu wollen, ist noch kein Betrugsvorsatz.

### VII. Strafbarkeit des A gem. § 263a Abs. 1 Var. 3 StGB durch Verwenden der ec-Karte

#### 1. Objektiver Tatbestand

##### a) Verwendung von Daten (+)

##### b) Unbefugtheit der Datenverwendung

- **M<sub>1</sub>:** Nach einer **subjektivierenden Auslegung** ist eine Verwendung entgegen dem Willen des Verfügungsberechtigten ausreichend;<sup>26</sup> hier (+), da Karte nur zum Bezahlen durch berechtigten Karteninhaber vorgesehen.
  - (-) Das ginge zu weit, da dann jede dem Willen des Berechtigten zuwiderlaufende Verwendung erfasst wäre.
- **M<sub>2</sub>:** Nach einer **computerspezifischen Auslegung** muss sich der entgegenstehende Wille des Betreibers in der Ausgestaltung des Computerprogramms niedergeschlagen haben;<sup>27</sup> hier (-), da das ec-Karten-Terminal nicht prüft, ob eine berechtigte Person die Karte verwendet.
  - (-) Var. 3 hätte dann neben Var. 2 keine eigenständige Bedeutung mehr.
- **M<sub>3</sub>:** Die **betrugsspezifische Auslegung (h.M.)** fordert, dass die Verwendung von Daten, wenn sie gegenüber einer natürlichen Person erfolgen würde, Täuschungscharakter hätte („Täuschungsäquivalenz“):<sup>28</sup>
  - (+) Über diese Auslegung wird die Strukturgleichheit mit § 263 StGB hergestellt.<sup>29</sup>  
**Str.:** Täuschungsäquivalenz bei kontaktlosem Einsatz der ec-Karte ohne PIN-Eingabe?
    - **M<sub>1</sub>:** Im Falle des kontaktlosen Einsatzes der ec-Karte ohne PIN-Eingabe fehlt es an einer solchen Täuschungsäquivalenz.<sup>30</sup>
    - (+) Anders als in den Fällen, in denen der Bankcomputer die PIN vom Kartenverwender abfragt, wird hier die Berechtigung desjenigen, der den elektronischen Zahlungsvorgang auslöst, gerade nicht überprüft.<sup>31</sup>

<sup>23</sup> OLG Hamm a.a.O.

<sup>24</sup> Vgl. *Göhler* JR 2021, 6 (10).

<sup>25</sup> *Rengier*, Strafrecht BT I, § 13 Rn. 49.

<sup>26</sup> *Satzger/Schluckebier/Widmaier/Hilgendorf* StGB, 6. Aufl. 2024, § 263a Rn. 24.

<sup>27</sup> Vgl. OLG Celle NStZ 1989, 367: Beschränkung des Schutzes durch § 263a auf „computerspezifische Vorgänge“; LG Freiburg NJW 1990, 2635 (2637).

<sup>28</sup> Münchener Kommentar StGB/*Hefendehl/Noll*, 4. Aufl. 2022, § 263a Rn. 78, 85.

<sup>29</sup> Münchener Kommentar StGB/*Hefendehl/Noll*, 4. Aufl. 2022, § 263a Rn. 87.

<sup>30</sup> OLG Hamm NStZ 2020, 673 (675); siehe hierzu auch Münchener Kommentar StGB/*Hefendehl/Noll*, 4. Aufl. 2022, § 263a Rn. 109.

<sup>31</sup> OLG Hamm NStZ 2020, 673 (675); *Christoph/Dorn-Haag* NStZ 2020, 702.

- **M<sub>2</sub>**: Täuschungsäquivalenz liegt in solchen Fällen vor.<sup>32</sup>
  - **(+)** Mit Kartennutzung wird konkludent Berechtigung erklärt, da nur Karteninhaber mit Blick auf §§ 675f Abs. 2, 675j Abs. 1 BGB das Recht hat, die Zahlung zu autorisieren.<sup>33</sup>

Da die subjektivierende Auslegung jede dem Willen des Berechtigten zuwiderlaufende Verwendung erfassen und den Computerbetrug so in ein Delikt gegen die bloße Dispositionsfreiheit umdeuten würde, erscheint diese schwer vertretbar. Eine unbefugte Datenverwendung ist daher zu verneinen, sofern man beim kontaktlosen Zahlen eine Täuschungsäquivalenz verneint. Dies trägt – mit Blick auf die betrugsspezifische Auslegung – auch der gesetzessystematischen Stellung der Vorschrift Rechnung.

## 2. Ergebnis: § 263a Abs. 1 Var. 3 StGB (-)

### VIII. Strafbarkeit des A gem. §§ 263a Abs. 1, Abs. 2, 22 f. StGB (-), vgl. oben bereits VI.

### IX. Strafbarkeit des A gem. § 266b Abs. 1 StGB durch Verwenden der ec-Karte

Bei der Karte handelt es sich um eine ec-Karte/Girocard, mit der – im Unterschied zur früher existierenden Scheckkarte – keine Zahlungsgarantie durch die Bank übernommen wird. Ec-Karten werden deshalb ganz herrschend nicht (mehr) unter § 266b Abs. 1 Var. 1 StGB subsumiert.<sup>34</sup>

Anmerkung: Die Gegenansicht, die sich auf eine (garantierte) Zahlungspflicht des Ausstellers stützt<sup>35</sup> erscheint kaum noch, allenfalls mit einer sehr guten Begründung vertretbar.<sup>36</sup>

Auch das von § 266b Abs. 1 Var. 2 StGB geforderte Tatobjekt der „Kreditkarte“ liegt nicht vor, weil hierunter nur Zahlungskarten mit Garantiefunktion fallen, also Karten, die es dem Karteninhaber ermöglichen, den Aussteller zu einer garantierten Zahlung gegenüber einem Dritten zu veranlassen.<sup>37</sup>

Anmerkung: Hiergegen wird vereinzelt angeführt, dass das Kreditinstitut nach automatisierter Online-Prüfung der PIN-Nummer ein abstraktes Schuldversprechen gewähre und damit zumindest eine „Garantieähnlichkeit“ vorliege. Da sich der Zahlungsvorgang daher kaum von demjenigen bei Kreditkarten unterscheidet, sei § 266b StGB einschlägig.<sup>38</sup> Dem ließen sich die gleichwohl verbleibenden Unterschiede beider Zahlungsvorgänge entgegenhalten.<sup>39</sup>

Die (durchaus komplexen) Einzelheiten zu den verschiedenen Zahlungsvorgängen werden nicht erwartet. Ein näheres Eingehen auf die skizzierte Fragestellung erübrigt sich bereits deshalb, weil eine PIN-Abfrage vorliegend gerade nicht erfolgt ist.

Darüber hinaus ist § 266b StGB ein Sonderdelikt, das nur der berechtigte Karteninhaber als tauglicher Täter begehen kann.<sup>40</sup> A war vorliegend nicht zur Verwendung der Karte berechtigt.

<sup>32</sup> So etwa BeckOK StGB/Schmidt, 62. Ed. (1.8.2024), § 263a Rn. 29.

<sup>33</sup> Böse/Tomiak ZfStw 2023, 265 (273).

<sup>34</sup> Schönte/Schröder/Perron StGB, § 266b Rn. 4; Rengier, Strafrecht BT I, § 19 Rn. 2.

<sup>35</sup> Siehe hierzu Fischer StGB § 266b Rn. 6a f.

<sup>36</sup> Ausführlich zur Thematik Münchener Kommentar StGB/Radtke, 4. Aufl. 2022, § 266b Rn. 10-12.

<sup>37</sup> Rengier, Strafrecht BT I, § 19 Rn. 3.

<sup>38</sup> Brand WM 2008, 2199 ff.

<sup>39</sup> Hierzu näher Schönte/Schröder/Perron StGB, § 266b Rn. 5a.

<sup>40</sup> BGH NStZ-RR 2017, 281.

## B. Am Supermarkt

### Strafbarkeit des A

#### I. Strafbarkeit des A gem. §§ 242 Abs. 1, 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 StGB durch Klettern über den Zaun und Entnahme der Lebensmittel aus dem Container

##### 1. Objektiver Tatbestand

###### a) Fremde bewegliche Sache

###### aa) Bewegliche Sachen

**(P):** Keine Sache, weil dem Tatobjekt kein Wert beizumessen ist?

Die Sachqualität könnte man jedenfalls dann verneinen, wenn es um Gegenstände geht, denen weder ein materieller noch ein immaterieller Wert zukommt und damit das Strafbedürfnis fehlt.<sup>41</sup> Speziell bei Eigentumsdelikten kann der strafrechtliche Ultima-Ratio-Grundsatz oder das aus dem Schuldprinzip abzuleitende Bagatellprinzip genannt werden, wonach auf eine Verletzung von vollkommen wertlosem Eigentum nicht mit Kriminalstrafe zu reagieren sei.<sup>42</sup> Insoweit wird auch der Gedanke vom Strafrecht als Rechtsgüterschutz angeführt:<sup>43</sup> Ein Rechtsgut sei nicht mehr tangiert.

Ob beim Containern weggeworfener Lebensmittel eine materielle und immaterielle Wertlosigkeit bejaht werden kann, wird jedoch kritisch beurteilt. Denn offensichtlich halten die „containernden“ Personen die Lebensmittel noch für wertvoll.<sup>44</sup> Zwingend ist dies indes nicht. Denn die materielle und immaterielle Werthaftigkeit kann man allein aus der Sicht des Rechtsgutsträgers beurteilen.

Anmerkung: Hier kann eine kritische Auseinandersetzung mit der Frage erfolgen, ob ein Diebstahl an (materiell) wertlosen Sachen möglich ist. Eine Verneinung des Diebstahls (vgl. auch die weiteren Anknüpfungspunkte sogleich) ist nach Ansicht des Klausurstellers mit entsprechender Argumentation sehr gut vertretbar und würde bei entsprechenden Ausführungen auch einen sensiblen Umgang mit dem Strafrecht als Ultima Ratio des Rechtsgüterschutzes zum Ausdruck bringen.<sup>45</sup> Sollte ein Diebstahl verneint werden, so wären die weiteren angelegten Fragen (so die Anstiftung und die Anschlussdelikte) hilfsgutachtlich zu bearbeiten.

###### bb) Fremdheit der Lebensmittel

Fremdheit = wenn die Lebensmittel jedenfalls auch im Eigentum einer anderen Person stehen.

Die Lebensmittel standen zunächst im Eigentum des Supermarktes. Der Supermarktinhaber könnte jedoch durch das Wegwerfen seinen Willen bekundet haben, endgültig auf sein Eigentum zu verzichten (sog. **Dereliktion, § 959 BGB**). Dadurch wären die Lebensmittel „herrenlos“ geworden und nicht mehr fremd i.S.d. § 242 StGB.<sup>46</sup> Die Dereliktion stellt eine einseitige, nicht empfangsbedürftige Willenserklärung dar, für deren Auslegung es maßgeblich nicht auf den objektiven Empfängerhorizont, sondern auf den tatsächlichen subjektiven Willen des Eigentümers selbst ankommt.<sup>47</sup> Der Eigentümer muss den

<sup>41</sup> Schönke/Schröder/Bosch StGB, § 242 Rn. 7.

<sup>42</sup> Zum Ultima-Ratio-Grundsatz siehe in diesem Zusammenhang *Jahn* JuS 2020, 85.

<sup>43</sup> *Verghe* StraFo 2013, 15 (16).

<sup>44</sup> *Jahn* a.a.O.

<sup>45</sup> BVerfGE 120, 224 (239 f.).

<sup>46</sup> Münchener Kommentar StGB/Schmitz, 4. Aufl. 2021, § 242 Rn. 32.

<sup>47</sup> Münchener Kommentar BGB/Oechsler, 9. Aufl. 2023, § 959 Rn. 3.

Besitz aufgegeben haben, wobei allerdings nicht jede Besitzaufgabe ausreicht, solange ein Interesse des Eigentümers an der Verhinderung einer unkontrollierten Verbreitung der Sache besteht.<sup>48</sup>

Hier war der Container mit den weggeworfenen Lebensmitteln auf einem umzäunten Supermarktgelände aufgestellt, was gegen eine Dereliktion spricht.<sup>49</sup> Dass der Container selbst nicht verschlossen war,<sup>50</sup> kann zwar als Indiz in die andere Richtung interpretiert werden, ist aber weniger gewichtig als die Umzäunung. Denn es besteht kein Anlass für ein zusätzliches Verschließen, wenn ersichtlich nur Berechtigte auf das Gelände gelangen können. Dem Supermarktinhaber war es somit nicht egal, wer an die Lebensmittel gelangen kann.<sup>51</sup> Ein Wille zur Aufgabe des Eigentums liegt daher nicht vor.

Nach anderer gut vertretbarer Ansicht fehlt es an der Fremdheit jedenfalls dann, wenn das Entsorgungsunternehmen kein Interesse am Eigentumserwerb hat. Das dem Eigentumsschutz fremde Interesse, einen umsatzmindernden „Gratis-Erwerb“ zu verhindern, ändere an der Dereliktion nichts.<sup>52</sup> Die Lebensmittel mögen zwar aufgrund des Ablaufs des Mindesthaltbarkeitsdatums kaum einen Verkehrswert haben oder sogar wertlos sein. § 242 StGB schützt jedoch als Eigentumsdelikt nicht das individuelle Vermögen in seinem Wert, sondern das Eigentum, das auch an wertlosen Sachen bestehen kann. Es handelt sich bei den Lebensmitteln nach herrschender Auffassung um fremde bewegliche Sachen.

Anmerkung: Die andere Ansicht ist ebenfalls gut vertretbar. So könnte darauf abgestellt werden, der Eigentümer ziele bei abgelaufenen Lebensmitteln auf eine Vernichtung und Entsorgung der Sachen ab, nicht auf den Eigentumsübergang. Insofern sei es ihm egal, wie er die Lebensmittel loswerde. Ein Entsorgungswille könne daher als Ausdruck des Eigentumsverzichtswillens genügen.<sup>53</sup> Die weitere Prüfung müsste dann in einem Hilfsgutachten erfolgen.

## b) Wegnahme

Wegnahme = der Bruch fremden Gewahrsams und die Begründung neuen, nicht notwendigerweise tätereigenen Gewahrsams.<sup>54</sup>

Gewahrsam = tatsächliche, von einem natürlichen Herrschaftswillen getragene Sachherrschaft.<sup>55</sup>

Gewahrsamsinhaber war der Supermarktbetreiber, der einen generellen Gewahrsamswillen hinsichtlich aller auf dem Supermarktgelände befindlichen Sachen hat. Spätestens mit dem Verlassen des Grundstücks hat A den Gewahrsam gebrochen und neuen Gewahrsam begründet.

Kein tatbestandsausschließendes Einverständnis bei gesicherter Lagerung der Lebensmittel.<sup>56</sup>

## 2. Subjektiver Tatbestand

### a) Vorsatz (+)

Für einen Tatumstandsirrtum gibt der Sachverhalt keinen hinreichenden Anlass.<sup>57</sup>

<sup>48</sup> Münchener Kommentar BGB/Oechsler, 9. Aufl. 2023, § 959 Rn. 8, 3.

<sup>49</sup> Vgl. zu diesem Indiz auch Münchener Kommentar StGB/Schmitz, 4. Aufl. 2021, § 242 Rn. 35.

<sup>50</sup> So auch in dem vom Bayerischen Obersten Landesgericht entschiedenen Fall BayObLG NStZ-RR 2020, 104 f.

<sup>51</sup> Münchener Kommentar StGB/Schmitz a.a.O.

<sup>52</sup> Wessels/Hillenkamp/Schuhr, Strafrecht BT II, Rn. 85; Dießner StV 2020, 256 (259 f.); sympathisierend in Fällen fehlender besonderer Sicherung Vergho StraFo 2013, 15 (17) sowie Esser/Scharnberg JuS 2012, 809 (812).

<sup>53</sup> So z.B. Jäger JA 2020, 393:

<sup>54</sup> Eisele, Strafrecht BT II, 6. Aufl. 2021, Rn. 25.

<sup>55</sup> Rengier, Strafrecht BT I, § 2 Rn. 23.

<sup>56</sup> A.A. gut vertretbar, vgl. zu dieser Argumentation Anm. Bode NStZ-RR 2020, 105; Vergho StraFo 2013, 15 (17).

<sup>57</sup> So auch Schiemann KriPoZ 2019, 231 (234).

**b) Absicht der Zueignung (+)**

Anmerkung: Kand. können kurz darauf eingehen, ob es sich – in Abgrenzung zur Aneignung – möglicherweise um eine reine Sachentziehung handelt, da A die erbeuteten Lebensmittel verzehrt hat. Da aber auch der Verzehr mit einem jedenfalls mittelbaren wirtschaftlichen Vorteil des A (Ersatz des entgeltlichen Erwerbs) einhergeht, ist das Merkmal der Aneignung erfüllt.<sup>58</sup>

**3. Rechtswidrigkeit der Zueignung und diesbezüglicher Vorsatz (+)****4. Rechtswidrigkeit und Schuld (+)****5. Strafzumessung: Besonders schwerer Fall gem. § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 StGB?****a) Geschützte Räumlichkeit**

Der Hinterhof des Discounters ist kein „Gebäude“. Umschlossener Raum = jedes Raumgebilde, das (zumindest auch) zum Betreten durch Menschen bestimmt und mit Vorrichtungen versehen ist, die das Eindringen Unbefugter verhindern sollen.<sup>59</sup> Auch wenn es wegen des alltagssprachlichen Begriffsverständnisses eines „Raumes“ eher fernliegt, den umschlossenen Hinterhof als „Raum“ einzustufen, werden in der Literatur auch eingezäunte/ummauerte Höfe als Beispiel für diese Variante genannt.<sup>60</sup> Damit ein Raum als umschlossen qualifiziert werden kann, ist keine Abgrenzung nach oben erforderlich.<sup>61</sup> Der Hinterhof ist ein umschlossener Raum.

**b) Handlungsmodalität**

Einbrechen = das gewaltsame, nicht notwendig substanzverletzende Öffnen einer dem Zutritt entgegenstehenden Umschließung;<sup>62</sup> hier (-), A kletterte lediglich über den Zaun, keine Gewaltanwendung.

Einsteigen = jedes Hineingelangen in den umschlossenen Raum durch eine zum ordnungsgemäßen Eintritt nicht bestimmte Öffnung unter Überwindung von Hindernissen, die sich aus der Eigenart der Umschließung ergeben und die den Zugang erheblich erschweren;<sup>63</sup> hier (+)

**c) Keine Geringwertigkeit, § 243 Abs. 2 StGB**

Der besonders schwere Fall wäre jedoch ausgeschlossen, wenn sich die Tat auf eine geringwertige Sache bezieht. Die Sache muss dabei objektiv geringwertig sein, wobei als Wertgrenze nach überwiegender Auffassung 25 Euro angesehen werden.<sup>64</sup> Als Verkehrswert kann, da das Mindesthaltbarkeitsdatum bereits abgelaufen war und die Lebensmittel deswegen in den Container geworfen wurden, nicht der Verkaufspreis angesehen werden, weil die Lebensmittel in ihrem Zustand nicht mehr verkauft werden konnten und sollten. Der Verkehrswert dürfte sich somit unter 25 Euro bewegen, sodass sich die Tat auf eine geringwertige Sache bezog. Ein besonders schwerer Fall ist daher ausgeschlossen.

**6. Ergebnis: § 242 Abs. 1 StGB (+)****II. Strafbarkeit des A gem. § 123 Abs. 1 StGB durch Betreten des Supermarktgeländes (+)**

<sup>58</sup> Münchener Kommentar StGB/Schmitz, 4. Aufl. 2021, § 242 Rn. 153 ff., insb. Rn. 155.

<sup>59</sup> Wessels/Hillenkamp/Schuh, Strafrecht BT II, Rn. 232.

<sup>60</sup> Rengier, Strafrecht BT I, § 3 Rn. 10.

<sup>61</sup> Münchener Kommentar StGB/Schmitz, 4. Aufl. 2021, § 243 Rn. 13.

<sup>62</sup> Wessels/Hillenkamp/Schuh, Strafrecht BT II, Rn. 234.

<sup>63</sup> Wessels/Hillenkamp/Schuh, Strafrecht BT II, Rn. 235.

<sup>64</sup> Matt/Renzikowski/Schmidt StGB, § 243 Rn. 19.

### III. Strafbarkeit des A gem. § 261 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 StGB durch Lebensmittelüberlassung an K

#### 1. Objektiver Tatbestand

##### a) Rechtswidrige Vortat: § 242 Abs. 1 StGB (+)

##### b) Taugliches Tatobjekt: Gegenstände, die aus einer Vortat „herrühren“ (+)

##### c) Taugliche Tathandlung

Als tatbestandsmäßige Handlung kommt das Verschaffen der Sache für einen Dritten in Betracht. Hierfür müsste die Verfügungsgewalt über die Sache vom Vorbesitzer unmittelbar auf einen Dritten weitergeleitet worden sein.<sup>65</sup> Vorliegend hat A einen Teil der von ihm entwendeten Lebensmittel K zugeworfen, ihm also die Verfügungsgewalt übertragen.

Wie bei der Hehlerei (§ 259 StGB) wird für das Verschaffen im Rahmen der Geldwäsche (§ 261 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 StGB) verlangt, dass die durch die Vortat geschaffene rechtswidrige Vermögenslage im Interesse des Vortäters oder mit dessen Einverständnis („auf abgeleitetem Weg“) perpetuiert wird.<sup>66</sup> Auch ein stillschweigendes Zusammenwirken wird für ausreichend erachtet, ebenso wie die erst nachträgliche Herstellung des Einvernehmens.<sup>67</sup> K hat die Lebensmittel dankend angenommen. Es liegt damit ein einverständliches Zusammenwirken von A mit K vor. A hat die Lebensmittel K also „verschafft“.

#### 2. Subjektiver Tatbestand (+)

#### 3. Rechtswidrigkeit und Schuld (+)

#### 4. Persönlicher Strafausschließungsgrund des § 261 Abs. 7 StGB

A ist bereits wegen Beteiligung an der Vortat strafbar, nämlich wegen Diebstahls (s.o.) und legt gegenüber K offen, woher er die Lebensmittel hat, indem er ihm zuruft „Containern ist ökologisch. Hau rein!“. Es greift daher der persönliche Strafausschließungsgrund des § 261 Abs. 7 StGB.

#### 5. Ergebnis: § 261 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 StGB (-)

Anmerkung: Vor dem Hintergrund des Vorliegens des persönlichen Strafausschließungsgrundes kann die Prüfung von § 261 StGB auch vergleichsweise knapp erfolgen.

<sup>65</sup> Satzger/Schluckebier/Widmaier/Jahn StGB, § 261 Rn. 63, § 259 Rn. 25.

<sup>66</sup> Satzger/Schluckebier/Widmaier/Jahn StGB, § 261 Rn. 63.

<sup>67</sup> Vgl. zu § 259 StGB Münchener Kommentar StGB/Maier, 4. Aufl. 2021, § 259 Rn. 68.

## Strafbarkeit der M

### IV. Strafbarkeit der M gem. §§ 242 Abs. 1, 26 StGB durch die Whatsapp-Nachricht

#### 1. Objektiver Tatbestand

##### a) Vorsätzliche rechtswidrige Haupttat

##### b) Bestimmen zu dieser Tat: Diebstahl (+)

##### aa) Allgemeines

Bestimmen = Hervorrufen des Tatentschlusses beim Haupttäter. Umstritten ist, welche tathandlungsbezogenen Anforderungen im Einzelnen an die Anstiftungshandlung zu stellen sind.

- **M<sub>1</sub>**: Bloße Verursachung ausreichend. Insb. reicht auch das Schaffen einer zur Tat anreizenden Situation für das „Bestimmen“ aus (sog. Verursachungstheorie);<sup>68</sup> hier (+)
- **M<sub>2</sub>**: Es bedarf eines „geistigen Kontakts“, also einer kommunikativen Einwirkung des Anstifters auf den Täter,<sup>69</sup> was schon aus dem Wortsinn des Wortes „Bestimmen“ folgt; hier (+)
- **M<sub>3</sub>**: Der Anstifter muss „eine Art Pakt mit dem Täter schließen, ihm ein Versprechen oder eine Verpflichtung zur Tat abnehmen“ („Unrechtspakt“).<sup>70</sup> Nicht ausreichend ist ein bloßer Rat, also etwa die Beschreibung einer günstigen Gelegenheit zur Tatbegehung; hier (-)

Gegen die letztgenannte Ansicht wird angeführt, dass danach kaum noch Raum für eine Anstiftung bleibe und sie zu Abgrenzungsproblemen mit der mittelbaren Täterschaft führen würde. Dieses Gegenargument überzeugt jedoch nicht: Mittelbare Täterschaft setzt Unfreiheit des Werkzeugs voraus.

Anmerkung: Im Ergebnis spricht mehr für die Bejahung, die andere Ansicht ist aber mit entsprechender Begründung gleichfalls vertretbar.

##### bb) Anstiftungserfolg: Hervorrufen des Tatentschlusses (+)

##### cc) Hinreichende Konkretisierung des Bestimmens

Das Bestimmen durch M muss auch bereits hinreichend auf die Haupttat konkretisiert gewesen sein. Hierfür muss die Tat noch nicht „bis ins letzte Detail“ umrissen sein, es ist jedoch notwendig, dass die Tat bereits als individualisierbares Geschehen erkennbar ist.<sup>71</sup> M schrieb A, er könne sich doch beim Discounter Cheapy „umschauen“, wobei M klar war, dass A bereits häufiger in einem im Hinterhof des Discounters abgestellten Container nach noch verzehrbaren Lebensmitteln gesucht hat. Tatort, Tatzeit und die vorgeschlagene Handlung waren durch das wiederkehrende Verhalten von A bereits hinreichend individualisiert und die Anstiftungshandlung damit hinreichend konkretisiert.

#### 2. Subjektiver Tatbestand: Doppeltvorsatz (+), zumindest bedingter Vorsatz

#### 3. Ergebnis: §§ 242 Abs. 1, 26 StGB (+)

### V. Strafbarkeit der M gem. §§ 123 Abs. 1, 26 StGB durch die Whatsapp-Nachricht (+)

<sup>68</sup> Vgl. Lackner/Kühl/Heger StGB, § 26 Rn. 2; BGH NJW 2000, 1877 (1878).

<sup>69</sup> Schönke/Schröder/Heine/Weißer StGB, § 26 Rn. 3.

<sup>70</sup> Puppe GA 1984, 101 (112).

<sup>71</sup> BGH NJW 1986, 2770 f.

## Strafbarkeit des K

### VI. Strafbarkeit des K gem. § 259 Abs. 1 StGB durch An-sich-Nehmen der Lebensmittel

#### 1. Objektiver Tatbestand

a) Rechtswidrige, gegen fremdes Vermögen gerichtete Haupttat: Diebstahl (+)

b) Unmittelbares Erlangen der Lebensmittel durch die Vortat (+)

c) Taugliche Tathandlung

Verschaffen = wenn die betreffende Person über den Gegenstand die tatsächliche (eigentümergeleiche) Verfügungsgewalt durch deren Übertragung erlangt.<sup>72</sup> Nicht ausreichend: schlichter „Mitgenuss“ bzw. „Mitverzehr“ gestohlener Sachen, soweit hierdurch keine Verfügungsgewalt des Täters erlangt wird.<sup>73</sup> K wurden die Lebensmittel von A zugeworfen. Er erlangte eigenständige Verfügungsgewalt über die Lebensmittel durch Übertragung von A. Dies geschah im einvernehmlichen Zusammenwirken mit A als Vorbesitzer sowie Vortäter. K hat sich die Lebensmittel dadurch „verschafft“.

2. Subjektiver Tatbestand (+)

3. Ergebnis: § 259 Abs. 1 StGB (+)

**Anmerkung:** Man könnte noch an eine Anstiftung durch A zur Hehlerei gem. §§ 259 I, 26 StGB denken. Eine solche tritt aber jedenfalls auf Konkurrenzebene als mitbestrafte Nachtat hinter den vollendeten Diebstahl zurück.<sup>74</sup> Nach anderer Auffassung ist bereits der Tatbestand ausgeschlossen, was mit einem Erst-recht-Schluss begründet wird.<sup>75</sup>

### VII. Strafbarkeit des K gem. § 261 Abs. 1 S. 1 Nr. 3, 4 StGB durch An-sich-Nehmen der Lebensmittel

#### 1. Objektiver Tatbestand

a) Rechtswidrige Vortat: Diebstahl (+)

b) Taugliches Tatobjekt: Gegenstand, der aus der Vortat „herrührt“ (+)

c) Taugliche Tathandlung

aa) Sichverschaffen (+) (vgl. oben VI. 1. c.)

bb) Verwenden der Lebensmittel

K könnte die Lebensmittel auch „für sich verwendet“ haben (§ 261 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 StGB).

Verwenden = jeder bestimmungsgemäße Gebrauch eines geldwäschetauglichen Gegenstands. K hat die Lebensmittel verzehrt und diese damit im Sinne ihrer vorgesehenen Bestimmung gebraucht. Dies geschah wiederum im Einverständnis mit A als Vortäter.

**Anmerkung:** Es wäre auch denkbar, aus dem Ablauf des Mindesthaltbarkeitsdatums zu folgern, der bestimmungsgemäße Gebrauch der Lebensmittel liege nicht länger im Verzehr.

2. Subjektiver Tatbestand (+)

3. Ergebnis: § 261 Abs. 1 S. 1 Nr. 3, 4 StGB (+)

<sup>72</sup> Schönke/Schröder/Hecker StGB, § 259 Rn. 17.

<sup>73</sup> Vgl. BT-Drs. VI/3250, S. 241 f.

<sup>74</sup> Matt/Renzikowski/Dietmeier StGB, 2. Aufl. 2020, § 259 Rn. 34.

<sup>75</sup> Rengier, Strafrecht BT I, 26. Aufl. 2024, § 22 Rn. 71.

## C. In der WG

### Strafbarkeit des A

#### I. Strafbarkeit des A gem. § 303 Abs. 1 StGB durch Verzehr der Lebensmittel

##### 1. Objektiver Tatbestand: Beschädigen / Zerstören einer fremden Sache

Beschädigung = körperliche Einwirkung auf eine Sache, durch die ihre Substanz nicht unerheblich verletzt oder ihre bestimmungsgemäße Brauchbarkeit nicht nur unerheblich beeinträchtigt wird.<sup>76</sup>

Zerstörung = wenn die Sache auf Grund der erfolgten Einwirkung in ihrer Substanz vernichtet oder so wesentlich beschädigt ist, dass sie ihre bestimmungsgemäße Brauchbarkeit völlig verloren hat.<sup>77</sup>

A hat die Lebensmittel verzehrt und damit exakt entsprechend ihrer Bestimmung verbraucht. Es stellt sich daher die Frage, ob im bestimmungsgemäßen Verbrauch einer Sache eine Sachbeschädigung liegt. Dafür ließe sich anführen, dass es aus der Sicht des Opfers keinen Unterschied macht, ob die Lebensmittel verspeist oder entsorgt werden.<sup>78</sup> Der Schaden des Eigentümers liegt darin, dass an seiner Stelle ein anderer mit der Sache verfahren ist.<sup>79</sup> Dagegen ist aber einzuwenden, dass der bestimmungsgemäße Verbrauch einer Sache ihre Nutzung, nicht aber ihre Beschädigung oder Zerstörung ist.<sup>80</sup>

A hat die Lebensmittel bestimmungsgemäß verbraucht und demnach weder beschädigt noch zerstört.

Anmerkung: Die Prüfung einer Sachbeschädigung nach der Bejahung des Diebstahls liegt eher fern und kann knapp gehalten werden. Die andere Ansicht, wonach ein bestimmungsmäßiger Verbrauch die Tatbestandsmäßigkeit nicht ausschließt,<sup>81</sup> ist ebenfalls vertretbar. Wie bei § 261 StGB ist auch denkbar, aus dem Ablauf des Mindesthaltbarkeitsdatums zu folgern, der bestimmungsgemäße Gebrauch der Lebensmittel liege nicht länger im Verzehr.

##### 2. Ergebnis: § 303 Abs. 1 StGB (-)

#### II. Strafbarkeit des A gem. § 185 StGB wegen des Post-its am Kühlschrank

##### 1. Objektiver Tatbestand

###### a) Kundgabe der Missachtung oder Nichtachtung

Beleidigung ist die Kundgabe eigener Missachtung oder Nichtachtung.<sup>82</sup> Ob eine Äußerung in diesem Sinne ehrverletzend wirkt, ist stets unter Berücksichtigung des Kontexts zu ermitteln.<sup>83</sup> Eine „eindeutig beleidigende Äußerung“ liegt laut Sachverhalt vor.

<sup>76</sup> Rengier, Strafrecht BT I, § 24 Rn. 8.

<sup>77</sup> Wessels/Hillenkamp/Schuhr, Strafrecht BT II, Rn. 36.

<sup>78</sup> Vgl. Nomos Kommentar StGB/Zaczyk, 5. Aufl. 2017, § 303 Rn. 19, anders nunmehr Nomos Kommentar StGB/Kargl, 6. Aufl. 2023, § 303 Rn. 32.

<sup>79</sup> Münchener Kommentar StGB/Wieck-Noodt, 4. Aufl. 2022, § 303 Rn. 33.

<sup>80</sup> So etwa Wessels/Hillenkamp/Schuhr, Strafrecht BT II, Rn. 36; Münchener Kommentar StGB/Wieck-Noodt, 4. Aufl. 2022, § 303 Rn. 33; Schönke/Schröder/Hecker StGB, § 303 Rn. 13; Rengier, Strafrecht BT I, § 24 Rn. 18.

<sup>81</sup> So etwa Kindhäuser, Strafrecht BT II, 12. Aufl. 2022, § 20 Rn. 29.

<sup>82</sup> Rengier, Strafrecht BT II, 25. Aufl. 2024, § 29 Rn. 25; Satzger/Schluckebier/Widmaier/Sinn StGB, § 185 Rn. 5.

<sup>83</sup> Satzger/Schluckebier/Widmaier/Sinn StGB, § 185 Rn. 10.

M nahm den Zettel zwar wahr und erkannte die Schrift des A, sie las ihn jedoch nicht, sondern zerknüllte ihn. Sie hat also den ehrverletzenden Gehalt der Äußerung nicht erfasst. Ob eine solche Situation bereits als tatbestandsmäßig anzusehen ist, hängt im Hinblick auf den nicht ergiebigen Wortlaut der Norm davon ab, wie die Deliktsnatur des Straftatbestands der Beleidigung interpretiert wird.

- **M<sub>1</sub>: Rechtsgutsverletzung erforderlich** → Sieht man § 185 StGB als Verletzungsdelikt an,<sup>84</sup> müsste die Tathandlung das Rechtsgut der Ehre verletzen. In diese Richtung könnte auch die Forderung zielen, ein anderer müsse den ehrverletzenden Sinn der Äußerung erfassen.<sup>85</sup>
  - hier: M nahm den ehrverletzenden Gehalt nicht zur Kenntnis, Beleidigung (-)
- **M<sub>2</sub>: Kenntnisnahme der Äußerung ausreichend**<sup>86</sup>
  - Hier zweifelhaft, da M Zettel nicht einmal las, sondern nur die Schrift von A erkannte. Hält man jedoch bereits die sinnliche Wahrnehmung für ausreichend, Beleidigung (+)
  - **(+)** Schutzzweck der Beleidigung: Herabsetzende Äußerungen wären auch gegenüber solchen Personengruppen stets vom Tatbestand erfasst, die häufig nicht den ehrverletzenden Gehalt verstehen werden, wie etwa Kindern oder geistig Kranken.<sup>87</sup>
  - **(-)** In diesen Fällen besteht keine Gefahr, dass der Geltungsanspruch des Opfers tatsächlich verletzt wird.<sup>88</sup> Es würde damit eine versuchte Beleidigung als vollendete behandelt.<sup>89</sup>
- **M<sub>3</sub>: § 185 StGB als konkretes Gefährdungsdelikt.**<sup>90</sup> Es müsste die (ggf. qualifizierte) Wahrscheinlichkeit eines Verletzungserfolgs bestanden haben oder ein Zustand eingetreten sein, bei dem der Verletzungserfolg nur durch Zufall ausgeblieben ist.<sup>91</sup>
  - hier: A hatte alle Bedingungen dafür geschaffen, dass M die Beleidigung zur Kenntnis nehmen würde. Dass M sie nicht las, war reiner Zufall. Beleidigung (+)
  - **(+)** Dadurch wird der Rechtsgutsbezug der tatbestandlichen Handlung hergestellt.

Anmerkung: Letztlich sind alle Ansichten gut vertretbar. Entscheidend ist lediglich, sich die Frage zu stellen, ob sich der offensichtlich fehlende Verletzungserfolg auf die Tatbestandsmäßigkeit der Handlung auswirkt. Die nachfolgende Frage des Vorliegens einer beleidigungsfreien Sphäre wäre je nach Ergebnis hilfsgutachtlich zu behandeln.

### b) Enges Vertrauensverhältnis: „beleidigungsfreie Sphäre“?

Wie wirkt es sich auf die Tatbestandsmäßigkeit des Verhaltens von A aus, dass die Beleidigung allein an die Mitbewohnerin M gehen sollte, also an eine Person, mit der A in einem engen Vertrauensverhältnis steht. Im Grundsatz ist anerkannt, dass dem Einzelnen in Anbetracht der Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG und Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG ein Raum zuzugestehen ist, in dem er sich ohne Zwänge aussprechen und abreagieren kann (sog. „beleidigungsfreie Sphäre“).<sup>92</sup>

<sup>84</sup> Münchener Kommentar StGB/Regge/Pegel, 4. Aufl. 2021, § 185 Rn. 3; Satzger/Schluckebier/Widmaier/Sinn StGB, § 185 Rn. 3.

<sup>85</sup> BGH NJW 1956, 679; Rengier, Strafrecht BT II, § 28 Rn. 22.

<sup>86</sup> BGH NJW 1951, 368; Schönke/Schröder/Lenckner StGB, 27. Aufl. 2006, § 185 Rn. 16.

<sup>87</sup> Vgl. Schönke/Schröder/Lenckner StGB, 27. Aufl. 2006, § 185 Rn. 16.

<sup>88</sup> Schönke/Schröder/Eisele/Schittenhelm StGB, § 185 Rn. 16; Rengier, Strafrecht BT II, § 28 Rn. 22.

<sup>89</sup> Münchener Kommentar StGB/Regge/Pegel, 4. Aufl. 2021, § 185 Rn. 38.

<sup>90</sup> Matt/Renzikowski/Gaede StGB, § 185 Rn. 1; Klas/Blatt HRRS 2012, 388 (389); Amelung in: FS Rudolphi, 2004, 373 (376); Fischer StGB § 185 Rn. 1.

<sup>91</sup> Roxin/Greco, Strafrecht AT I, 5. Aufl. 2020, § 11 Rn. 151.

<sup>92</sup> BVerfG NJW 2007, 1194 (1195).

Dass diese Sphäre über den engsten Familienkreis hinausgeht, ist nunmehr anerkannt.<sup>93</sup> Doch wird regelmäßig zur Voraussetzung gemacht, dass es um Äußerungen in Bezug auf außenstehende (und nicht anwesende) Dritte gehen muss.<sup>94</sup> Denn der Grund für den Schutz dieser Äußerungen ist gerade das Bestreben, einen Raum für eine vertrauliche Aussprache im engsten Lebenskreis zu schaffen,<sup>95</sup> nicht für Beleidigungen eben dieses Kreises. Hier kann selbst bei Annahme eines Vertrauensverhältnisses zwischen A und seiner Mitbewohnerin M nicht von einer „vertraulichen Aussprache“ die Rede sein. Vielmehr liegt eine eindeutige, unmittelbar an die M gerichtete Beleidigung seitens A vor. Die Tatbestandsmäßigkeit ist daher nicht unter Verweis auf die „beleidigungsfreie Sphäre“ zu verneinen.

**2. Subjektiver Tatbestand (+)****3. Ergebnis: § 185 StGB (+)**

---

<sup>93</sup> Zur früheren Diskussion OLG Frankfurt NSTZ 1994, 404 (405); zur aktuellen Rechtspr. KG Berlin NSTZ 2021, 430.

<sup>94</sup> Schönke/Schröder/Eisele/Schittenhelm StGB, Vor §§ 185 ff. Rn. 9.

<sup>95</sup> Wessels/Hettinger/Engländer, Strafrecht BT I, Rn. 442.

## **Strafbarkeit der M**

### **III. Strafbarkeit der M gem. § 242 Abs. 1 StGB durch Entnahme und Verzehr der Lebensmittel**

#### **1. Objektiver Tatbestand (+)**

#### **2. Subjektiver Tatbestand**

Zwar wusste M, dass sie den Gewahrsam des A an den Lebensmitteln bricht und neuen Gewahrsam begründet, sie dachte jedoch – entsprechend der Abmachung in der WG, grundsätzlich alles aus dem Kühlschrank gemeinsam nutzen zu können –, A sei mit dem Verzehr der Lebensmittel einverstanden. Den Zettel von A mit der Aufschrift „Alles meins“ las M nicht. Sie befand sich damit in einem vorsatz-ausschließenden Tatumstandsirrtum gem. § 16 Abs. 1 S. 1 StGB, weil sie dachte, es liege ein Einverständnis von A vor. Keine Relevanz hat es, dass M möglicherweise davon wusste, dass die Lebensmittel nicht im Eigentum von A standen, sondern Cheapy gehörten. Relevant ist lediglich die Vorstellung hinsichtlich des Gewahrsams. M handelte ohne Vorsatz. Der subjektive Tatbestand ist nicht erfüllt.

#### **3. Ergebnis: § 242 Abs. 1 StGB (-)**

### **IV. Strafbarkeit der M gem. § 246 Abs. 1 StGB durch Verzehr der Lebensmittel (+)**

Der Verzehr der Lebensmittel stellt eine objektive Manifestation des Zueignungsvorsatzes dar; M wollte sich gerade die fremde bewegliche Sache (sie wusste um die Eigentümerstellung des Supermarktes) rechtswidrig zueignen, sodass auch der Vorsatz gegeben ist.

### **V. Strafbarkeit der M gem. § 303 Abs. 1 StGB durch Verzehr der Lebensmittel (-)**

### **VI. Strafbarkeit der M gem. § 259 Abs. 1 StGB durch Verzehr der Lebensmittel (-)**

Ein einvernehmliches Zusammenwirken für das Verschaffen fehlt. M nahm sich die Lebensmittel eigenmächtig aus dem Kühlschrank und ignorierte das Post-It an der Kühlschranktür bzw. las es nicht.

### **VII. Strafbarkeit der M gem. §§ 259 Abs. 1, 3, 22 f. StGB**

Jedoch stellt sich M vor, dass A ihr die Sache zum Verzehr überlassen hat, sie ging also von einem einvernehmlichen Zusammenwirken aus. Ein solches Verzehren wäre ein tatbestandsmäßiges Sichverschaffen, sodass sich M wegen versuchter Hehlerei (untauglicher Versuch) strafbar gemacht hat.

### **VIII. Strafbarkeit der M gem. § 261 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 StGB durch Verzehr der Lebensmittel**

#### **1. Objektiver Tatbestand**

##### **a) Rechtswidrige Vortat: § 242 Abs. 1 StGB (+)**

##### **b) Gegenstände, die aus der Vortat herrühren (+)**

##### **c) Taugliche Tathandlung**

Sieht man in dem Verzehr der Lebensmittel durch M kein „Verschaffen“ i.S.d. § 261 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 StGB (hierzu bereits V.), kommt nur noch das „Verwenden“ der Lebensmittel (Abs. 1 S. 1 Nr. 4) in Betracht. Der Verzehr von Lebensmitteln stellt grundsätzlich den bestimmungsgemäßen Gebrauch dar und kann daher eine Verwendung im Sinne der Norm sein. Auch hierfür ist jedoch erforderlich, dass die Nutzung im Einverständnis mit dem Inhaber der Verfügungsgewalt erfolgt, während eigenmächtige

Handlungen nicht erfasst werden.<sup>96</sup> A war mit dem Verzehr der Lebensmittel durch M nicht einverstanden, weshalb kein „Verwenden“ im Sinne des Geldwäschetatbestands vorliegt.

**2. Ergebnis: § 261 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 StGB (-)**

## **IX. Strafbarkeit der M gem. §§ 261 Abs. 1 S. 1 Nr. 4, Abs. 3, 22 f. StGB durch Verzehr der Lebensmittel**

**1. Vorprüfung (+)**

**2. Tatentschluss**

M wusste von der Vortat des A (§ 242 Abs. 1 StGB), zu der sie A anstiftete. Sie wusste auch, dass die Lebensmittel aus dieser „herrühren“. M wollte sie verzehren und damit bestimmungsgemäß verbrauchen. Sie dachte zudem, dass dies – entsprechend der Abmachung in der WG – mit Einverständnis des A geschehe. Sie handelte vorsätzlich hinsichtlich des „Verwendens“ i.S.d. § 261 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 StGB.

**3. Unmittelbares Ansetzen (+)**

**4. Ergebnis: §§ 261 Abs. 1 S. 1 Nr. 4, Abs. 3, 22 f. (+)**

---

<sup>96</sup> BeckOK StGB/Ruhmannseder, 62. Ed. (1.8.2024), § 261 Rn. 28.

## D. Gesamtergebnis und Konkurrenzen

Im ersten Tatkomplex hat sich A wegen § 253 Abs. 1 StGB in Tateinheit mit § 123 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.<sup>97</sup>

Im zweiten Tatkomplex hat sich A wegen Diebstahls (§ 242 Abs. 1 StGB) in Tatmehrheit mit Hausfriedensbruch (§ 123 Abs. 1 StGB) strafbar gemacht.

Anmerkung: Insb. vor dem Hintergrund, dass § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 StGB lediglich an der Geringwertigkeit der Sache scheitert (andernfalls würde § 123 StGB durch §§ 242, 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 StGB konsumiert werden), erscheint es ebenfalls gut vertretbar, mit einem Teil der Literatur von einer tateinheitlichen Begehung auszugehen.<sup>98</sup>

M hat sich wegen Anstiftung zu diesen Taten strafbar gemacht. K hat sich wegen § 259 Abs. 1 StGB in Tateinheit mit § 261 Abs. 1 S. 1 Nr. 3, 4 StGB strafbar gemacht.

Im dritten Tatkomplex hat sich A wegen § 185 StGB und M sich wegen §§ 261 Abs. 1 S. 1 Nr. 4, Abs. 3, 22 f. StGB, 259 Abs. 1, 22 f. StGB und § 246 Abs. 1 StGB strafbar gemacht. Die Taten der M stehen zueinander in Tateinheit.

Die Straftaten der verschiedenen Tatkomplexe stehen zueinander in Realkonkurrenz.

---

<sup>97</sup> Vgl. Nomos Kommentar StGB/*Eschelbach*, 6. Aufl. 2023, § 123 Rn. 46 hins. Nötigung zum Zweck des Eindringens.

<sup>98</sup> Vgl. Münchener Kommentar StGB/*Feilcke*, § 123 Rn. 69.