Aufsätze

Lorenz Bode, Göttingen*

Das tatbestandsausschließende Einverständnis im Prüfungskontext des Ladendiebstahls

Ladengeschäfte dienen mit steter Regelmäßigkeit als Bühne für Fälle in strafrechtlichen Anfängerklausuren. Dabei wird in den meisten Fällen dem Begriff „tatbestandsausschließendes Einverständnis" eine tragende Rolle in der rechtlichen Bewertung zu konzedieren sein, vor allem wenn es für den oder die Täter neben der Verwirklichung eines Diebstahls auch um die Frage einer Strafbarkeit wegen Hausfriedensbruchs geht. Die nachfolgend dargestellten Merkposten zu Anwendungsbereich und Wirksamkeitsvoraussetzungen dieses Rechtsinstituts sollen in Verknüpfung mit der Fallgestaltung „Ladendiebstahl"[1] als praktische Orientierungshilfen für eine konkrete Bearbeitung in Klausuren dienen. Nebenher bietet der Beitrag allerlei taktisches Rüstzeug für den Umgang mit typischen Problemstellungen (und solchen, die bisweilen „in zweiter Reihe stehen") bei Fragen des Diebstahls aus Selbstbedienungsläden.

I. Grundgedanke

Das tatbestandsausschließende Einverständnis[2] ist – in terminologischer Abgrenzung zur sog. Einwilligung, welche nach h. M. rechtfertigend wirken kann – bereits auf Tatbestandsebene zu berücksichtigen.[3] Folglich kann in Fällen, in denen Straftatbestände ein Handeln „gegen oder ohne den Willen des Opfers" (sog. willensbezogene Delikte) voraussetzen, der zustimmende Wille des Betroffenen schon tatbestandlich eine strafausschließende Wirkung entfalten. Das Täterverhalten erfüllt dann nicht die objektiven Voraussetzungen der jeweiligen Strafnorm, weshalb es an einem strafbaren Verhalten fehlt. Begründet liegt dies darin, dass der bei willensbezogenen Delikten tatbestandsmäßig geschützte, natürliche Opferwille der individuellen Disponibilität unterliegt (dies ergibt sich wiederum aus dem Selbstbestimmungsrecht gem. Art. 2 Abs. 1 GG); mithin kann der Dispositionsbefugte autonom entscheiden, ob er sein Interesse am Rechtsgut preisgibt (Einverständnis) oder wahren möchte, wobei nur im letzteren Fall eine Interessenverletzung eintritt.[4] Im Unterschied dazu stellt die sog. rechtfertigende Einwilligung nach vorherrschender Auffassung einen bloßen Rechtfertigungsgrund dar, was impliziert, dass der Täter unabhängig vom Willen des Opfers zunächst tatbestandsmäßig handelt.[5] Die Strafbarkeit entfällt erst auf Ebene der Rechtswidrigkeit, sofern die betreffende Handlung im Ausnahmefall erlaubt ist. Es gilt insoweit der Grundsatz *volenti non fit iniuria* (dem Einwilligenden widerfährt kein Unrecht), der in § 228 StGB[6] gesetzlich kodifiziert ist.[7]

II. Anforderungen an das tatbestandsausschließende Einverständnis

Um die Frage, ob ein tatbestandsausschließendes Einverständnis vorliegt, in Prüfungssituationen zu beantworten, sollten vom Kandidaten grundsätzlich folgende Aspekte beachtet werden:

1. Kategorische Einordnung

Die korrekte Einordnung des Interessenverzichts auf Opferseite erweist sich als zentrale Weichenstellung für die Erarbeitung einer Lösungsstruktur. In diesem Punkt ist – speziell für eine kategorische Unterscheidung von Einverständnis und Einwilligung – auf die jeweilige Eigenart des gesetzlichen Straftatbestands abzustellen. Gleichzeitig ist herauszuarbeiten, ob es sich um eines der Delikte handelt, die eine Verletzung des Opferwillens als notwendige tatbestandliche Voraussetzung umfassen. Bei solchen Delikten muss zur Erfüllung des gesetzlichen

* Dipl.-Jur. *Lorenz Bode*, LL.M. ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Kriminologie, Jugendstrafrecht und Strafvollzug (Prof. Dr. Dr. h. c. *Jörg-Martin Jehle*) an der Universität Göttingen.

1 Es handelt sich beim Ladendiebstahl nicht um einen eigenständigen Straftatbestand, sondern vielmehr um einen kriminologischen Terminus, der ein bestimmtes Kriminalitätsphänomen beschreibt, vgl. *Oberlies/Leuschner*, Ladendiebstahl – Überlegungen zu einem rechts- und kriminalpolitisch angemessenen Umgang, NK 2017, 179 ff.

2 Instruktiv *Rönnau*, Grundwissen – Strafrecht: Einwilligung und Einverständnis, JuS 2007, 18 ff.

3 Vgl. etwa BGHSt 17, 359 (360); *Fischer*, StGB-Kommentar, 64. Aufl. 2017, Vor. § 32 Rn. 3a; *Bode*, Zur Strafbarkeit privater Schrottsammler, JA 2016, 589 (590 f.); *Otto*, Einwilligung, mutmaßliche, gemutmaßte und hypothetische Einwilligung, Jura 2004, 679 (680); grundlegend *Geerds*, Einwilligung und Einverständnis des Verletzten im Strafrecht, GA 1954, 262 (263); zum Streit um die Differenzierung vgl. *Beckert*, Einwilligung und Einverständnis, JA 2013, 507 (508); *Kühl*, Strafrecht: Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2017, § 9 Rn. 25; *Marlie,* Zum mutmaßlichen Einverständnis, JA 2007, 112 (112 f.) m.w.N.

4 *Eschelbach*, in: BeckOK StGB, 34. Ed. 01.05.2017, § 228 Rn. 8 f.; *Ludwig/Lange*, Mutmaßliche Einwilligung und willensbezogene Delikte – Gibt es ein mutmaßliches Einverständnis?, JuS 2000, 446.

5 Dazu auch *Satzger*, Gesetzlichkeitsprinzip und Rechtfertigungsgründe, Jura 2016, 154 (157).

6 Dabei ist klarzustellen, dass § 228 StGB nicht die rechtfertigende Einwilligung, sondern vielmehr die Sittenwidrigkeit der Tat trotz Einwilligung regelt. Die Einwilligung wird in dieser Norm lediglich vorausgesetzt.

7 *Eschelbach*, in: BeckOK StGB (Fn. 4), § 228 Rn. 8-9; *Kühl*, StR AT (Fn. 3), § 9 Rn. 20; weiterführend *Beckert* (Fn. 3), JA 2013, 507 (509 f.); *Rönnau* (Fn. 2), JuS 2007, 18; zur historischen Entwicklung vgl. *Honig*, Die Einwilligung des Verletzten, Teil I, 1919, S. 32 ff., 60 ff.

Tatbestands ein Handeln „gegen oder ohne den Willen des Betroffenen“ vorliegen[8] – also der Opferwille als möglicherweise tatbestandsausschließendes Merkmal relevant sein. Andernfalls kann – vorausgesetzt es handelt sich um einen Straftatbestand mit disponiblem Rechtsgut – lediglich an ein Entfallen der Rechtswidrigkeit infolge wirksamer Einwilligung zu denken sein.[9]

2. Deliktsspezifische Voraussetzungen

Neben der Einordnung des Opferwillens ist weiterhin entscheidend, die im konkreten Fall an das Vorliegen eines tatbestandsausschließenden Einverständnisses zu stellenden Voraussetzungen herauszuarbeiten. Dazu ist – im Wege einer sachgerechten Auslegung – für jedes willensbezogene Delikt gesondert festzustellen, welcher Prüfungsmaßstab gilt. Bspw. wird bei Diebstahl (§ 242 Abs. 1 StGB) oder Raub (§ 249 Abs. 1 StGB) der Frage nachzugehen sein, ob das Opfer mit dem vom Täter vorgenommenen Gewahrsamswechsel einverstanden ist. Dies ergibt sich aus der von beiden Strafvorschriften im objektiven Tatbestand geforderten Wegnahmehandlung, die *per definitionem* einen „Gewahrsamswechsel durch Bruch“ – d.h. die Aufhebung der tatsächlichen Herrschaftsmacht des bisherigen Gewahrsamsinhabers „gegen oder ohne dessen Willen“ – voraussetzt.[10]

3. Wirksamkeitsanforderungen

Für eine schulmäßige Wirksamkeitsprüfung des Einverständnisses sollte Folgendes beachtet werden: Neben der natürlichen Willensfähigkeit des Opfers können dann, wenn rechtsgeschäftliche Positionen wie das Gebrauchsrecht bei § 248b StGB[11] betroffen sind, auch eine natürliche Einsichtsfähigkeit oder gar die Geschäftsfähigkeit des Betroffenen zur Disposition stehen.[12] Es empfiehlt sich daher hinsichtlich der Anforderungen an die Einverständnisfähigkeit eine Unterteilung in faktische Beziehungen (wo bereits der natürliche Entschließungswille des Betroffenen genügt, bspw. i.R.v. § 242 Abs. 1 StGB) und rechtliche Positionen vorzunehmen. Das Einverständnis muss darüber hinaus – gleich allen übrigen tatbestandsmäßigen Voraussetzungen der betreffenden Strafnorm – „zur Zeit der Tat“ i.S.d. § 8 S. 1 StGB vorliegen; so fordert es bereits das Koinzidenz- bzw. Simultanitätsprinzip als Ausfluss des Bestimmtheitsgebots gem. Art. 103 Abs. 2 GG.[13] Nachträgliche Genehmigungen bleiben zugunsten der strafprozessualen Offizialmaxime unbeachtet. Damit ist indes nicht ausgeschlossen, dass vom Rechtsgutsträger für bestimmte Situationen vorab ein generelles (sog. antizipiertes) Einverständnis erteilt wird.[14] Eine ausdrückliche oder konkludente Kundgabe und folglich die Kenntnis des Täters sind dabei nicht erforderlich.[15] Vielmehr führt fehlendes Wissen über das tatsächliche Vorliegen des Einverständnisses bei Nichtvollendung der Tat und Strafbarkeit i.S.d. §§ 23 Abs. 1, 12 Abs. 1 StGB allenfalls zu einem (untauglichen)[16] Versuch des betreffenden Delikts.[17] Das Einverständnis kann sich grundsätzlich nur auf die Tathandlung beziehen und darf – solange freiwillig zustande gekommen – sogar an Willensmängeln leiden (vgl. nur § 237 Abs. 2 StGB, „durch List“).[18] Mithin bleibt auch ein durch Täuschung erreichtes Einverständnis – im zentralen Unterschied zur rechtfertigenden Einwilligung, die ernstlich und frei von Willensmängeln erteilt werden muss – dem Grunde nach wirksam.[19] Nimmt der Täter hingegen bei Tatbegehung irrig an, ein Einverständnis des Betroffenen liege vor, so kommt ein vorsatzausschließender Tatbestandsirrtum in Betracht, da der Täter bei Begehung der Tat i.S.v. § 16 Abs. 1 S. 1 StGB „einen Umstand nicht kennt, der zum gesetzlichen Tatbestand gehört“.[20]

4. Bedingtes Einverständnis

Eine zusätzliche Anforderung an die Wirksamkeit und zugleich ein häufiger Problemfall in Klausuren erwächst aus der Frage, inwieweit das Einverständnis an sog. Bedingungen geknüpft sein darf.[21] Hierbei lässt sich mit

8 Typische willensbezogene Delikte in der Klausur sind u.a. §§ 123, 239, 242, 248b, 249 StGB.

9 *Fischer*, StGB (Fn. 3), Vor. § 32 Rn. 3c; siehe erneut *Beckert* (Fn. 3), JA 2013, 507.

10 *Rengier*, Strafrecht: Besonderer Teil I, 16. Aufl. 2014, § 2 Rn. 31; fallbezogen siehe etwa *Gröseling*, Der praktische Fall – Strafrecht: Standardprobleme des Diebstahls und des Betrugs, JuS 2003, 1097 (1100); eingehend *Kudlich*, Die Wegnahme in der Fallbearbeitung, JA 2017, 428 (429); *Bode*, Die Abgrenzung von Raub und räuberischer Erpressung in der juristischen Fallbearbeitung, JA 2017, 110 (111).

11 *Wittig*, in: BeckOK StGB (Fn. 3), § 248b Rn. 5; *Fischer*, StGB (Fn. 3), § 248b Rn. 6.

12 *Schmitz*, in: MüKoStGB, 2. Aufl. 2012, § 242 Rn. 82; *Lenckner/Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder, StGB-Kommentar, 29. Aufl. 2014, Vor. §§ 32 ff. Rn. 32a m.w.N.; *Zopfs*, Der Tatbestand des Diebstahls – Teil 1, ZJS 2009, 506 (513).

13 *Lenckner/Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder StGB (Fn. 12), Vor. §§ 32 ff. Rn. 32a; *Schmitz*, in: MüKoStGB (Fn. 12), § 242 Rn. 90; *Bode* (Fn. 3), JA 2016, 589 (590).

14 *Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder StGB (Fn. 12), § 123 Rn. 23; *Zopfs* (Fn. 12), ZJS 2009, 506 (513).

15 *Ludwig/Lange* (Fn. 4), JuS 2000, 446 (450).

16 Die Untauglichkeit des Versuchs steht nach h.M. einer Strafbarkeit nicht entgegen, wie sich aus einem Umkehrschluss zu § 23 Abs. 3 StGB ergibt.

17 *Lenckner/Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder StGB (Fn. 12), Vor. §§ 32 ff. Rn. 32 f.; *Fischer*, StGB (Fn. 3), Vor. § 32 Rn. 3a; *Hoyer*, in: SK-StGB, 6. Aufl. 1999, § 242 Rn. 52.

18 *Lenckner/Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder StGB (Fn. 12), Vor. §§ 32 ff. Rn. 31; vgl. ferner *Fischer*, StGB (Fn. 3), Vor. § 32 Rn. 3a.; *Krey/Esser*, Strafrecht: Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 2012, Rn. 659 f.

19 Abweichungen von diesem Grundsatz ergeben sich im Rahmen des Straftatbestands der Untreue (§ 266 StGB). Mit Ausnahme seiner tatbestandsausschließenden Wirkung ist das Einverständnis des Treugebers nach den Voraussetzungen der rechtfertigenden Einwilligung zu beurteilen. Das Einverständnis ist insofern strafrechtlich unerheblich, wenn es an Willensmängeln leidet, *Fischer*, StGB (Fn. 3), § 266 Rn. 90, 92; vgl. auch *Kindhäuser*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen StGB-Kommentar, 5. Aufl. 2017, StGB § 266 Rn. 67.

20 *Beckert* (Fn 3), JA 2013, 507 (511).

21 *Eser/Bosch*, in: Schönke/Schröder StGB (Fn. 12), § 242 Rn. 36a; *Schlehofer*, in: MüKoStGB (Fn. 12), Vor. § 32 Rn. 184; siehe dazu

Blick auf die verfassungsrechtlich aus Art. 2 Abs. 1 GG abgeleitete Dispositionsfreiheit des Betroffenen konstatieren, dass an die Erteilung eines Einverständnisses – speziell wenn sie in antizipierter Form erfolgt – freilich auch gewisse Bedingungen gestellt werden können. Als Frage stellt sich indes, wie diese Bedingungen zulässigerweise formuliert sein müssen, damit sie in rechtlicher Hinsicht Beachtung finden.

Dazu ist allgemein anzumerken, dass die Beurteilung, ob ein wirksames tatbestandsausschließendes Einverständnis zugunsten des Täters besteht, ausschließlich nach objektiven Kriterien und anhand der Verkehrsanschauung im Einzelfall – also aus Sicht eines verständigen Betrachters – zu erfolgen hat. Innere, nach außen nicht erkennbare Vorbehalte des etwaigen Opfers oder Täters können bereits aus Gründen der Rechtssicherheit keine Rolle spielen und sind strafrechtlich ohne Belang. Andernfalls bestünde die Gefahr, bloße (rechtsfeindliche) Absichten zu pönalisieren respektive sich dem Vorwurf des „Gesinnungsstrafrechts“[22] auszusetzen. Zudem sollte die innere Motivation des Täters mit Blick auf das Gesetzlichkeitsprinzip (Art. 103 Abs. 2 GG) streng genommen nicht zur Begründung strafbaren Unrechts ausreichen. Denn vor dem Hintergrund der von Gesetzen zu gewährleistenden Rechtssicherheit muss im sensiblen, weil sanktionsbewehrten Bereich des Strafrechts für den Laien als Rechtsanwender jederzeit einschätzbar sein, welche normativen Rahmenbedingungen seitens des Gesetzgebers geschaffen wurden. Für die gutachterliche Darstellung empfiehlt es sich daher, eine Beurteilung des Erklärungswerts von bestimmten Prämissen, die vom Berechtigten an das Vorliegen eines tatbestandsausschließenden Einverständnisses geknüpft werden, ausschließlich unter Berücksichtigung äußerlich erkennbarer Merkmale und anhand der objektiven Verkehrsanschauung vorzunehmen.[23]

III. Typische Fallgestaltung „Diebstahl aus Selbstbedienungsläden“

Die zuvor angestellten theoretischen Überlegungen lassen sich zum besseren Verständnis anhand der nachfolgenden – praktisch höchst relevanten – Konstellation exemplifizieren:

T ist seit Jahren stark alkoholabhängig und braucht mal wieder dringend „Nachschub“. Er beschließt daher, im Supermarkt um die Ecke eine Flasche seines Lieblingswhiskeys „mitgehen zu lassen“. Nach Betreten der Geschäftsräume entnimmt T dem Spirituosenregal die begehrte Ware und verstaut sie eilig in seiner Manteleinnentasche. Sodann geht er Richtung Ausgang. Nachdem T den Kassenbereich, ohne zu bezahlen, passiert hat, wird er vom Ladeninhaber K gestoppt, der den gesamten Vorgang per Videokamera beobachtet hat.[24]

1. Zur Strafbarkeit gem. § 242 Abs. 1 StGB

Die Strafbarkeit wegen Diebstahls setzt ausweislich des Wortlauts von § 242 Abs. 1 StGB „die Wegnahme einer fremden, beweglichen Sache in der Absicht rechtswidriger Zueignung“ voraus. Im objektiven Tatbestand ist demgemäß zu prüfen, ob es sich bei der Whiskeyflasche um eine „fremde, bewegliche Sache“ handelt, die von T „weggenommen“ wurde.

a) Fremde, bewegliche Sache

Die dem Ladeninhaber K gehörende Whiskeyflasche ist für T fremd, da sie weder in seinem Alleineigentum steht noch herrenlos ist. Gleichfalls handelt es sich bei der tatsächlich fortschaffbaren Flasche um einen körperlichen Gegenstand, mithin um eine fremde, bewegliche Sache und somit um ein taugliches Diebstahlsobjekt i.S.d. § 242 Abs. 1 StGB. Für die klausurmäßige Darstellung ist ferner anzumerken, dass hinsichtlich der Sachqualität keine Notwendigkeit besteht, den Streit über den Sachbegriff und das Verhältnis des StGB zu § 90 bzw. 90a BGB hier anzusprechen.[25] Dies ergibt sich aus einem Vergleich mit § 324a Abs. 1 Nr. 1 StGB („in einer Weise, die geeignet ist, die Gesundheit eines anderen, Tiere, Pflanzen oder andere Sachen von bedeutendem Wert oder ein Gewässer zu schädigen“), dem seinem Wortlaut nach entnommen werden kann, dass offenbar ein eigener strafrechtlicher Sachenbegriff existiert, der unabhängig von den Vorgaben des BGB bspw. auch Tiere erfasst.[26]

b) Wegnahme

Die im Rahmen von § 242 Abs. 1 StGB „unabdingbare“ Tathandlung erfordert eine Wegnahme des Diebstahlobjekts. „Wegnahme“ bezeichnet den Bruch fremden und die Begründung neuen, nicht notwendig tätereigenen Gewahrsams.[27] Nach dieser Grunddefinition ist die Wegnahmehandlung als ein prozessartiger Vorgang zu verstehen und sollte vom Bearbeiter regelmäßig in eine dreistufige Prüfungschronologie aufgespalten werden:

Zuerst muss opferseitiger Gewahrsam am Tatobjekt bestehen. Fehlt es bereits an einem solchen täterfremden

auch *Rengier*, StR BT I (Fn. 10), § 2 Rn. 34; fallbezogen *Ast*, Das Einverständnis als Vermögensverfügung – Der „Tankbetrug“ als Benzinunterschlagung, NStZ 2013, 305 (306).

22 „Das geltende Strafrecht als *Tatstrafrecht* knüpft Strafbarkeit stets an *Handlungen*, nicht allein an Meinungen, Überzeugungen oder die Täterpersönlichkeit“ und ist damit „*kein Gesinnungsstrafrecht*. Gedanken, Überlegungen und Meinungen können für sich genommen nicht strafrechtlich relevant sein (…)“, Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages, „Hass und Hetze im Internet“, S. 2, online abrufbar unter: http://www.bundestag.de/blob/483584/1ccf107faf0d0f8a98de634009cf33b6/hass-und-hetze-im-strafrecht-data.pdf, zuletzt konsultiert am 28.04.2017; Hervorhebungen im Original.

23 *Bode* (Fn. 3), JA 2016, 589 (590 f.); so bereits *Vogel*, in: LK-StGB, 12. Aufl. 2010, § 242 Rn. 114.

24 Der Sachverhalt ist angelehnt an BGH, NStZ-RR 2013, 276.

25 A.A. *Bosch/Eser*, in: Schönke/Schröder StGB (Fn. 12), § 242 Rn. 9; *Hoyer*, in: SK-StGB (Fn. 17), § 242 Rn. 3; so auch *Schramm*, Grundfälle zum Diebstahl, JuS 2008, 678 (679).

26 *Wittig*, in: BeckOK StGB (Fn. 4), § 242 Rn. 4-4.2; *Schmitz*, in: MüKoStGB (Fn. 12), § 242 Rn. 26; *Zopfs* (Fn. 12), ZJS 2009, 506.

27 Statt vieler *Kudlich* (Fn. 10), JA 2017, 428 (429).

Gewahrsam, wird lediglich noch an eine Unterschlagung gem. § 246 Abs. 1 StGB zu denken sein, da diese objektiv „nur" eine Zueignung fordert.[28]

Als zweiter Schritt ist die Begründung neuen, nicht notwendig tätereigenen Gewahrsams zu prüfen.[29] In Abgrenzung zum Merkmal der Fremdheit des Diebstahlsobjekts, bei dem es ausschließlich auf die eigentumsrechtliche Lage und folglich auf eine zivilrechtliche Betrachtung orientiert an den Kategorien „Eigentum" und „Herrenlosigkeit" ankommt, ist zur Beurteilung der Frage, ob Gewahrsam auf Täter- bzw. Opferseite besteht, auf die tatsächliche Sachherrschaft getragen von einem natürlichen Herrschaftswillen abzustellen.[30] Die Gewahrsamsverhältnisse (und ihre Reichweite) sind dabei anhand der Verkehrsanschauung sowie der Verhältnisse des täglichen Lebens (= dem abstufbaren Merkmal „soziale Anerkennung") zu beurteilen.[31] In mehrdeutigen Klausurfällen lässt sich die Beweisführung zuweilen durch eine „didaktische Transferleistung" – die Möglichkeit des Rückschlusses von Besitzform auf den Gewahrsam – flankieren. Denn auch der Besitz stellt ein Rechtsinstitut dar, das aus den Elementen „tatsächliche Herrschaftsgewalt" und „soziale Anerkennung" zusammengesetzt ist, wie anhand des Wortlauts von § 854 Abs. 1 BGB („Der Besitz einer Sache wird durch die Erlangung der tatsächlichen Gewalt über die Sache erworben.") und § 856 Abs. 2 BGB („Durch eine ihrer Natur nach vorübergehende Verhinderung in der Ausübung der Gewalt wird der Besitz nicht beendigt.") deutlich wird.[32] Somit ist der Besitz im Zivilrecht das funktionale Äquivalent des Gewahrsams im Strafrecht.[33] Prüfungstaktisch ist dieser Umstand dergestalt nutzbar zu machen, dass aus der Personenstellung als unmittelbarer Besitzer i.S.v. § 854 BGB ebenso die Gewahrsamsinhaberschaft desselben abgeleitet werden kann.[34]

Der dritte Schritt der Prüfungssequenz ist die Prüfung darauf, ob tatsächlich ein Bruch vorliegt. Zur Vollendung der Wegnahme muss der Gewahrsamswechsel also „durch Bruch", d.h. „gegen oder ohne den Willen des ursprünglichen Gewahrsamsinhabers", vom Täter herbeigeführt worden sein. Ein Einverständnis des Gewahrsamsinhabers in die Gewahrsamsaufhebung kann einen Wechsel „durch Bruch" und somit den Tatbestand des § 242 Abs. 1 StGB ausschließen.[35]

Angewendet auf den Beispielfall bedeutet dies, dass T den Gewahrsam des Ladeninhabers an der Whiskeyflasche gebrochen und eigenen Gewahrsam begründet haben muss. Die Whiskeyflasche befand sich, da sie zum Warenbestand des Ladengeschäfts und somit nach der Verkehrsanschauung zu den in der „Herrschaftssphäre"[36] des K (des Supermarkts) befindlichen Gegenständen gehörte, zunächst in dessen Alleingewahrsam. Ob K die Flasche zur Tatzeit (i.S.v. § 8 S. 1 StGB) in den Händen hielt, d.h. „handhaften" Gewahrsam besaß, ist insofern irrelevant. Es genügt im Wege einer „Gewahrsamslockerung" vielmehr, dass sich die Sache an einem Ort befindet (bspw. dem Spirituosenregal), zu dem der Gewahrsamsinhaber jederzeit ohne rechtliche oder tatsächliche Hindernisse Zugang hat.[37] Folglich ist zugunsten eines stimmigen Gesamtgefüges stets die soziale Zuordnung der Sache zu einer Person im Auge zu behalten. Vor diesem Hintergrund können auch Ladenangestellte, wenn sie eigenmächtig Waren mitnehmen, den Gewahrsam des Ladeninhabers brechen.[38]

Für den zweiten Teilakt der Wegnahmehandlung bedarf es einer Gewahrsamsneubegründung. Hierbei ist zu fragen, ob das Verstauen der Whiskeyflasche in der Manteleinnentasche bereits zur Begründung neuen, in diesem Fall tätereigenen Gewahrsams führt. Neuer Gewahrsam wird begründet, wenn der Täter (oder ein Dritter) die tatsächliche Sachherrschaft derart erlangt hat, dass ihrer Ausübung keine weiteren Hindernisse mehr entgegenstehen.[39] Der Zeitpunkt des Gewahrsamswechsels kann im Einzelfall von großer Bedeutung sein und wird oft heftig diskutiert. Wendet etwa ein Täter gegenüber dem Ladendetektiv zusätzlich Gewalt an, wird mit Blick auf eine Abgrenzung von Raub (§ 249 Abs. 1 StGB) und räuberischem Diebstahl (§ 252 StGB) aufzuklären sein, ob die Gewaltanwendung der Diebstahlskomponente zeitlich nachgefolgt ist. Im Gutachten sollte daher grundsätzlich eine genaue und hinsichtlich der einzelnen Täteraktionen differenzierende Feststellung des Zeitpunkts der Vollendung der Wegnahmehandlung erfolgen. Nur in Fällen, in denen detaillierte Ausführungen offensichtlich nicht erforderlich oder eine eindeutige Festlegung unmöglich ist, darf davon abgewichen werden. Falls bei der Bearbeitung akuter Zeitmangel tiefgreifenden Ausführungen zu möglichen früheren Vollendungszeitpunkten entgegensteht, könnte im Interesse der Effizienz eine sog. Jedenfalls-Formulierung zu erwägen sein. Dies meint das bewusste Anknüpfen an einen späteren Zeitpunkt, zu dem vom Täter „jedenfalls" (d.h.

28 BGHSt 14, 38, 41 f.; *Bode* (Fn. 3), JA 2016, 589 (590).

29 Siehe dazu *Wittig*, in: BeckOK StGB (Fn. 4), § 242 Rn. 24.

30 *Hoyer*, in: SK-StGB (Fn. 17), § 242 Rn. 20; *Kühl*, in: Lackner/Kühl, StGB-Kommentar, 28. Aufl. 2014, § 242 Rn. 8a; ausführlich zum Gewahrsamsbegriff *Rönnau*, Grundwissen – Strafrecht: Gewahrsam, JuS 2009, 1088.

31 *Wittig*, in: BeckOK StGB (Fn. 4), § 242 Rn. 11; siehe auch *Bosch*, Gewahrsamsbestimmung nach „natürlicher Auffassung des täglichen Lebens", Jura 2014, 1237 (1239); zum Begriff „soziale Anerkennung" *Puppe*, Kleine Schule des juristischen Denkens, 3. Aufl. 2014, S. 59 ff.

32 *Jüchser*, Gewahrsam – ein Begriff, der es nicht leicht macht, ZJS 2012, 195 (197).

33 *Puppe* (Fn. 31), S. 60.

34 *Kindhäuser*, in: Kindhäuser/Neumann/Pfaeffgen StGB (Fn. 19), § 242 Rn. 30; Jüchser (Fn. 32), ZJS 2012, 195 (199); a.A. *Schmitz*, in: MüKoStGB (Fn. 12), § 242 Rn. 49.

35 BGHSt 4, 199; in Fällen, bei denen mehrere Personen nur gemeinsam über eine Sache verfügen können (sog. Mitgewahrsamsverhältnisse), müssen alle Gewahrsamsinhaber einverstanden sein.

36 Vgl. *Wittig*, in: BeckOK StGB (Fn. 4), § 242 Rn. 20.1.

37 *Kühl*, in: Lackner/Kühl StGB (Fn. 30), § 242 Rn. 11; *Wittig*, in: BeckOK StGB (Fn. 4), § 242 Rn. 15-17; ausführlich dazu *Kudlich* (Fn. 10), JA 2017, 428 (429 f.).

38 *Duttge*, in: HK-StGB, 4. Aufl. 2017, § 242 Rn. 21.

39 Der Gewahrsam muss noch nicht gesichert sein; *Vogel*, in: LK-StGB (Fn. 23), § 242 Rn. 94.

offensichtlich und vom Bearbeiter leicht zu belegen) neuer Gewahrsam begründet wurde.[40]

Entsprechend der großen praktischen Bedeutung gilt es, die bei Ladendiebstählen häufig eintretende Besonderheit zu berücksichtigen, dass die Wegnahmehandlung in einem fremden Herrschaftsbereich – namentlich dem Supermarkt – erfolgt.[41] Für eine gelungene Darstellung in der Klausur ist an diesem „erwarteten" Problempunkt vor allem eine Argumentation gefragt, die sich an den Umständen des Falles orientiert und nicht auf das bloße Herunterbeten auswendig gelernter „Schlagwörter" beschränkt bleibt. Daran gemessen sollte der Bearbeiter eingangs die prüfungswichtige Frage behandeln, ob vom Täter bereits in einer fremden Machtsphäre eigener Gewahrsam begründet werden kann.[42] Es liegt nahe, zunächst von einem „Kollisionsfall der Gewahrsamssphären" zu sprechen.[43] Die nunmehr erforderliche Subsumtion hat sich im Wege der Verkehrsanschauung und anhand aller Umstände des Einzelfalles daran zu orientieren, wem sich die ausschließliche willensgetragene Sachherrschaft zuweisen lässt. Gerade bei leicht zu verbergenden Kleinstgegenständen (bspw. Zigarettenschachteln, Kaugummipackungen, kleinere Hygieneartikel oder Flaschen) ist billigerweise davon auszugehen, dass es dem ursprünglichen Gewahrsamsinhaber – sofern sie in die körperliche Tabuzone des Täters (sog. Gewahrsamsenklave)[44] verbracht werden – unmöglich wird, seinen Gewahrsam an diesen Gegenständen aufrechtzuerhalten.[45] Denn um über diese Sachen weiterhin ungehindert verfügen zu können, wäre er gezwungen, das „sozialübliche Maß" zu überschreiten und in die „höchstpersönliche Sphäre" des Täters einzudringen. Für eine Durchbrechung dieser personalen Schutzzone fehlt ihm indes – wie sich schon aus einem Umkehrschluss zu § 102 StPO, der die Eingriffsbefugnis staatlicher Behörden regelt, belegt – die besondere Legitimation.[46] Obendrein kann nach der Verkehrsauffassung in Fällen, in denen mit einem Zugriff des Berechtigten nicht mehr gerechnet werden muss, sogar das Ergreifen und Festhalten einer sehr kleinen und handlichen Sache innerhalb der fremden Gewahrsamssphäre für einen Gewahrsamswechsel genügen.[47] Eine ähnlich intensive Herrschaftsbeziehung begründet der Täter, wenn er Genuss- oder Lebensmittel im Ladengeschäft „an Ort und Stelle" konsumiert.[48] Anders ist dagegen in Fällen zu urteilen, in denen die Waren lediglich in einen Einkaufswagen oder bereitgestellten Warenkorb verbracht werden. Nach den Gepflogenheiten des Verkehrs ist der Kunde in diesen Konstellationen weder berechtigt noch in der Lage, den Ladenangestellten den Zugriff auf den Einkaufswagen in gleicher Weise zu versagen. Der Ladeninhaber wird, da er mühelos auf die Ware zugreifen kann, an der weiteren Ausübung seiner Sachherrschaft nicht gehindert.[49] Vorliegend schafft T mit Verstecken der Whiskeyflasche in seiner Mantelinnentasche eine Gewahrsamsenklave und begründet tätereigenen Gewahrsam in einem fremden Herrschaftsbereich. Zur Vermeidung unglücklicher Ergebnisse ist der Bearbeiter stets aufgefordert, die prüfungstechnischen Konsequenzen seiner Wertung zu reflektieren. Denn wird die Gewahrsamsbegründung schon im Warenbereich bejaht, kann der Diebstahl noch vor Passieren der Kassenzone vollendet sein (= Erfüllung sämtlicher Tatbestandsmerkmale!). Der Gewahrsamsbruch und die Gewahrsamsneubegründung fallen dann zeitlich betrachtet zusammen.[50] Freilich geht damit zwingend einher, dass dem Täter die Möglichkeit eines strafbefreienden Rücktritts i.S.d. § 24 Abs. 1 StGB durch Rückgabe der Ware vor Verlassen des Kontrollbereichs verbaut ist. Im Übrigen leistet der Merksatz „Diebstahl ist kein heimliches Delikt" in diesem Kontext erstmalig gute Dienste. Eine Beobachtung der Wegnahme erhöht zwar den psychologischen Druck auf den Täter, dennoch hat sie keinen Einfluss auf die Gewahrsamserlangung, sondern dient allenfalls Beweissicherungszwecken.[51]

Als letzter Schritt der dreistufigen Prüfungschronologie für das Vorliegen einer Wegnahmehandlung bleibt noch zu klären, ob der Gewahrsamswechsel tatsächlich „durch Bruch" erfolgte. An dieser Stelle kommt ein mögliches „tatbestandsausschließendes Einverständnis" entscheidend zum Tragen. Denn beim Diebstahl handelt es sich um ein Delikt gegen die Willensfreiheit des Opfers, da der Gewahrsamswechsel „durch Bruch", also „gegen oder ohne den Willen des Berechtigten", erfolgen muss. Der natürliche Wille des Berechtigten – gemeint ist der Gewahrsamsinhaber, nicht der Eigentümer – kann die Tathandlung (Wegnahme) entfallen lassen.[52] Besagtes Einverständnis ließe sich im Fallbeispiel aus dem Umstand erwägen, dass der dispositionsbefugte Ladeninhaber

40 Fallbezogen siehe auch BGH, NStZ-RR 2013, 276.

41 *Vogel*, in: LK-StGB (Fn. 23), § 242 Rn. 100; ausführlich dazu *Zopfs* (Fn. 12), ZJS 2009, 506 (510-512); *Rengier*, StR BT I (Fn. 10), § 2 Rn. 26.

42 *Vogel*, in: LK-StGB (Fn. 23), § 242 Rn. 89.

43 Zum Begriff *Rönnau* (Fn. 30), JuS 2009, 1088 (1089).

44 *Kudlich* (Fn. 10), JA 2017, 428 (431 f.); dazu auch *Wessels/Hillenkamp*, Strafrecht: Besonderer Teil 2, 35. Aufl. 2012, Rn. 125 f.

45 Vgl. *Duttge*, in: HK-StGB (Fn. 38), § 242 Rn. 28-29; *Kindhäuser*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen StGB (Fn. 19), § 242 Rn. 39; *Schmitz*, in: MüKoStGB (Fn. 12), StGB § 242 Rn. 68; *Fischer*, StGB (Fn. 3), § 242 Rn. 20.

46 Zur Vertiefung siehe *Beulke*, Klausurenkurs im Strafrecht III, 4. Aufl. 2013, S. 85.

47 BGH, NStZ 2008, 624; BGHSt 23, 254 = NJW 1970, 1196; *Fischer*, StGB (Fn. 3), § 242 Rn. 18; *Duttge*, in: HK-StGB (Fn. 38), § 242 Rn. 28; *Beulke*, KlK StR III (Fn. 46), S. 84 f.; *Wessels/Hillenkamp*, StR BT 2 (Fn. 44), Rn. 122.

48 *Vogel*, in: LK-StGB (Fn. 23), § 242 Rn. 102; *Duttge*, in: HK-StGB (Fn. 38), § 242 Rn. 29.

49 Vgl. *Duttge*, in: HK-StGB (Fn. 38), § 242 Rn. 30; eingehend *Eser/Bosch*, in: Schönke/Schröder StGB (Fn. 12), § 242 Rn. 40; *Wessels/Hillenkamp*, StR BT 2 (Fn. 44), Rn. 128.

50 Vgl. auch *Zopfs* (Fn. 12), ZJS 2009, 506 (510).

51 So *Schmitz*, in: MüKoStGB (Fn. 12), § 242 Rn. 80; *Fischer*, StGB (Fn. 3), § 242 Rn. 21; *Duttge*, in: HK-StGB (Fn. 38), § 242 Rn. 27; vgl. auch die Darstellung bei *Beulke*, KlK StR III (Fn. 46), S. 85; *Wessels/Hillenkamp*, StR BT 2 (Fn. 44), Rn. 126; *Rengier*, StR BT I (Fn. 10), § 2 Rn. 25.

52 Ausführlich *Schmitz*, in: MüKoStGB (Fn. 12), § 242 Rn. 82 f.; *Vogel*, in: LK-StGB (Fn. 23), § 242 Rn. 106 ff.

den gesamten Stehlvorgang nur beobachtet hat, respektive zwischenzeitig nichts dagegen unternahm. Ein derartiges Verhalten könnte – *prima vista* – auf eine konkludente Billigung des Gewahrsamswechsels hindeuten. Was die Darstellungsanforderungen in einer Klausur anbelangt, ist an solchen Stellen dringend (!) von einem abstrakten Verweis auf die Merkhilfe „Diebstahl ist kein Heimlichkeitsdelikt" abzuraten. Hingegen sollte diese Diskussion sauber i.R.d. Prüfungspunkts „Einverständnis mit dem Gewahrsamswechsel" eingegliedert und das Vorliegen einer Zustimmung konkret daran festgemacht werden, ob eine Beobachtung der Gewahrsamsaufhebung seitens des Opfers auf dessen Einverständnis schließen lässt. Bei objektiv wertender Betrachtung der Gesamtumstände wird nach gängiger Ansicht der Schluss folgen, dass im Beobachten kein konkludentes (tatbestandsausschließendes) Einverständnis zur Gewahrsamsaufhebung, sondern mangels innerer Zustimmung ein bloß passives Dulden vorliegt, folglich ein Gewahrsamswechsel „durch Bruch" nicht ausgeschlossen wird.[53] Dies gilt grundsätzlich auch für alle sonstigen Sicherheitsmaßnahmen zum Schutz vor Diebstählen.[54] Eine Ausnahme kommt allerdings dort in Betracht, wo der Gewahrsamsinhaber einen Gewahrsamswechsel zugunsten des Täters beabsichtigt, um ihn dadurch überführen zu können („Diebesfalle").[55] Infolge eines opferseitigen Einverständnisses fehlt es tatbestandsmäßig an der Wegnahme. Gleichwohl ist in Ermangelung der Kenntnis des Täters von der Zustimmung des Berechtigten auf eine Strafbarkeit wegen (untauglichen) Diebstahlsversuchs zu erkennen.[56]

Davon abgesehen sind der Gewahrsamsbruch und die Möglichkeit eines tatbestandsausschließenden Einverständnisses für die Abgrenzung zur Strafbarkeit wegen (Sach-)Betrugs gem. § 263 Abs. 1 StGB – vor allem wenn es um das Passieren der Kasse mit versteckter Ware geht[57] – von klausurgefährdender Bedeutung.[58] Zur Erleichterung des Verständnisses ist es angezeigt, zunächst die Rechtsfolgen einer Abgrenzung anhand des Merkmals „tatbestandsausschließendes Einverständnis" gedanklich nachzuvollziehen, bevor einzelfallabhängig Stellung bezogen wird. Erneut liegt das Hauptaugenmerk auf dem Opferverhalten. Schließlich kommt es zur Unterscheidung zwischen Selbst- und Fremdschädigungscharakter des Verhaltens auf die Frage an, ob das Opfer „gegen oder ohne den Willen" seinen Gewahrsam verliert – dann bleibt es bei einer Strafbarkeit gem. § 242 Abs. 1 StGB – oder infolge eines vom Täter hervorgerufenen Irrtums i.S.d. § 263 Abs. 1 StGB den Gewahrsamsverlust „freiwillig" verfügt, d.h. aufgrund freier, nur durch Irrtum beeinflusster Entschließung Gewahrsam übertragen will und überträgt. Die hierzu im Rahmen von § 263 Abs. 1 StGB tatbestandsmäßig vorausgesetzte „Freiwilligkeit" der Vermögensverfügung wird beim sog. Sachbetrug nach h.M. noch um das subjektive Element des „Verfügungsbewusstseins" (das Wissen um den vermögensmindernden Charakter der Verfügung) ergänzt.[59] Das Vorliegen eines solchen Bewusstseins impliziert für § 242 Abs. 1 StGB ein opferseitiges Einverständnis in den Gewahrsamswechsel, aus dem sich ein Exklusivitätsverhältnis[60] von Diebstahl und Betrug konstituiert.[61] Zum Zweck einer randscharfen Deliktstrennung ist als Lernhilfe die Regel zu verinnerlichen, dass dieselbe Handlung entweder einen Diebstahl oder einen Betrug darstellen kann.[62] Die Begründung dafür lässt sich aus den Wirksamkeitsvoraussetzungen des Einverständnisses ableiten. Gemessen an der inneren Willensrichtung des Opfers bleibt ein täuschungsbedingtes Einverständnis in den Gewahrsamswechsel grundsätzlich wirksam und verursacht weiterhin einen Tatbestandsausschluss beim Diebstahl.[63] Demgemäß bringt die einvernehmliche irrtumsbedingte Gewahrsamsüberlassung eine freiwillige Vermögensverfügung mit sich. Für den Aufbau der Argumentation in der Klausur kann es hilfreich sein, bei Abgrenzungsfragen zwischen Diebstahl und Betrug diese Interferenz, beruhend auf dem wertungsmäßigen Gleichlauf von bewusster Vermögensverfügung und Einverständnis, zu nutzen.[64] Im Rahmen der Wegnahmehandlung sollte anhand der Prüfung des Vorliegens eines tatbestandsausschließenden Einverständnisses – das konstruktiv gesehen eine Abgrenzungsfunktion erfüllt – der Unterschied zum Betrug gesucht werden.[65] Diese prüfungstaktischen Gedanken sind im Übrigen auch für Konstellationen fruchtbar zu machen, in denen es aufgrund des Einsatzes qualifizierter Nötigungsmittel erforderlich wird, zwischen Raub (§ 249 Abs. 1 StGB), der ebenso wie Diebstahl (§ 242 Abs. 1 StGB) im objektiven Tatbestand eine „Wegnahme" erfordert, und räuberischer

53 Statt vieler *Vogel*, in: LK-StGB (Fn. 23), § 242 Rn. 109; a.A. *Eser/Bosch*, in: Schönke/Schröder StGB (Fn. 12), § 242 Rn. 40; ausführlich auch *Bosch* (Fn. 31), Jura 2014, 1237 (1239 ff.).

54 Kindhäuser, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen StGB (Fn. 19), § 242 Rn. 43.

55 Zur Problematik der sog. Diebesfalle *Schmitz*, in: MüKoStGB (Fn. 12), § 242 Rn. 83; *Hoyer*, in: SK-StGB (Fn. 17), § 242 Rn. 52; *Fischer*, StGB (Fn. 3), § 242 Rn. 23; *Kühl*, in: Lackner/Kühl StGB (Fn. 30), § 242 Rn. 14; *Rengier*, StR BT I (Fn. 10), § 2 Rn. 33.

56 Fallbezogen BayObLGSt 1978, 145 = NJW 1979, 729.

57 Vgl. BGHSt 41, 198 = NJW 1995, 3129; *Schmitz*, in: MüKoStGB (Fn. 12), § 242 Rn. 85; *Duttge*, in: HK-StGB (Fn. 38), § 242 Rn. 34; siehe auch *Brocker*, Das Passieren der Kasse mit versteckter Ware, JuS 1994, 919 (920); *Fahl*, „Kassenschmuggel" an Selbstbedienungskassen, NStZ 2014, 244 (246 f.).

58 Vgl. *Duttge*, in: HK-StGB (Fn. 38), § 263 Rn. 29; *Rengier*, StR BT I (Fn. 10), § 2 Rn. 31.

59 *Beukelmann*, in: BeckOK StGB (Fn. 4), § 263 Rn. 36; *Kühl*, in: Lackner/Kühl StGB (Fn. 30), § 263 Rn. 24; *Rönnau*, Grundwissen – Strafrecht: Der Verfügungsbegriff beim Betrug, JuS 2011, 982 (983).

60 Vgl. auch BGH, NStZ 2016 mAnm *Kulhanek*, 727 (728).

61 Sehr treffend *Wessels/Hillenkamp*, Strafrecht Besonderer Teil 2, 35. Aufl. 2012, Rn. 638 f.

62 *Eisele*, Strafrecht Besonderer Teil II, 2. Aufl. 2012, § 2 Rn. 52.

63 Sehr anschaulich dazu BGHSt 18, 221 = NJW 1963, 1068.

64 Gleichzeitig wird dem Entstehen von Lücken bei der Strafbarkeit vorgebeugt.

65 Dieses Vorgehen eignet sich insbesondere auch für die Bearbeitung von sog. SB-Kassen- oder Tankfällen, vgl. *Schramm* (Fn. 25), JuS 2008, 678 (680); weiterführend dazu *Kindhäuser*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen StGB (Fn. 19), § 242 Rn. 53 ff.; *Rönnau* (Fn. 59), JuS 2011, 982 (983).

Erpressung (§§ 253 Abs. 1, 255 StGB) zu differenzieren. Denn die unterschiedlichen Ansichten zum Verhältnis der beiden Delikte zueinander gehen untrennbar mit der Frage einher, unter welchen Voraussetzungen ein Einverständnis mit dem Gewahrsamswechsel angenommen werden kann.[66]

Zur Möglichkeit eines an Bedingungen geknüpften Einverständnisses in den Gewahrsamswechsel sei am Rande noch auf das Problem des „Containerns" hingewiesen. Dieser Begriff bezeichnet die – oftmals nächtliche – Mitnahme von entsorgten, aber zum Teil noch essbaren Lebensmitteln aus Supermarktcontainern durch Privatleute.[67] Was die strafrechtliche Würdigung dieses gesellschaftlichen Phänomens angeht, bleibt im Hinblick auf den Diebstahlstatbestand neben der Diebstahlsfähigkeit dieser Lebensmittel (in Bezug auf das Merkmal „Fremdheit der Sache")[68] vor allem die Frage spannend, inwiefern es bei der Mitnahme durch beliebige Dritte zu einem Gewahrsamsbruch kommt. Für die rechtliche Beurteilung ist erneut maßgeblich, ob der Entsorgende womöglich mit einem Gewahrsamswechsel zugunsten eines privaten „Lebensmittelsammlers" einverstanden ist. Hierfür genügt – wie aufgezeigt – bereits das rein innerliche Einverstandensein, sodass es einer ausdrücklichen Willenskundgabe des Gewahrsamsinhabers nicht bedarf.[69] Grundsätzlich spricht zwar einiges dafür, im Entsorgen von Lebensmitteln in Supermarktcontainern konkludent die Erteilung eines Einverständnisses in den Gewahrsamswechsel zu erblicken. Ein derartiges (antizipierendes) Einverständnis wird jedoch unter Berücksichtigung des Umstands, dass für den Ladeninhaber bis zur Abholung des Containermülls durch ein Entsorgungsunternehmen gewisse Verkehrssicherungs- bzw. Entledigungspflichten (bspw. aufgrund umweltschutzrechtlicher Vorschriften oder i.S.d. § 3 KrWG) gelten, indes nicht uneingeschränkt vorauszusetzen sein. Ergänzend tritt hinzu, dass es wohl dem wirtschaftlichen Interesse des Ladeninhabers zuwiderläuft, Waren kostenlos (potentiellen) Kunden zu überlassen und dadurch mittelbar die eigenen Marktpreise zu gefährden.[70] Im Rahmen dieser Gemengelage ist vom Klausurkandidaten selbstredend eine einzelfallbezogene Argumentation gefordert. Gleichwohl ist davon abzuraten, vom reinen Entsorgungsakt unter Berücksichtigung der Verkehrsanschauung (vorschnell) auf ein allgemein antizipiertes Einverständnis in den Gewahrsamswechsel zugunsten privater „Lebensmittelsammler" zu schließen. Vielmehr erscheint es lohnenswert, mit etwas juristischem Fingerspitzengefühl dafür zu streiten, dass das Einverständnis des Ladeninhabers an die Bedingung geknüpft ist, sich ausschließlich an einen Entsorgungsfachbetrieb (i.S.v. § 56 Abs. 2 KrWG) entledigen zu wollen. Damit diese Bedingung jedoch strafrechtliche Bedeutung erlangt, muss sie sich zunächst am objektiven Maßstab der Verkehrsanschauung messen lassen. Insofern ist es unabdingbar, dass sich der Bedingungseintritt nach außen in erkennbarer Weise manifestiert und im Zeitpunkt der Tatbegehung (vgl. § 8 S. 1 StGB) abschließend beurteilt werden kann. Um diesen Zulässigkeitsanforderungen zu genügen, kann die Bedingung nur so formuliert sein, dass eine vom Einverständnis des Ladeninhabers gedeckte Mitnahme des Containerinhalts regelmäßig dann stattfindet, wenn die benutzten (Entsorgungs)Fahrzeuge sowie die mit der Abholung betrauten Personen entsprechende Erkennungszeichen (bspw. Arbeitskleidung) eines Entsorgungsfachbetriebs tragen. Ferner wird auch der Abholungszeitpunkt in Anlehnung an die regulären Arbeitszeiten derartiger Entsorgungsunternehmen zu berücksichtigen sein. Im Umkehrschluss bedeutet dies: Wird (des Nachts) von privatgekleideten Dritten „containert", ist die zulässigerweise formulierte Bedingung – das Tragen äußerlich erkennbarer Merkmale eines Fachentsorgungsbetriebs während einer Abholung zur üblichen Arbeitszeit – nicht erfüllt. Dies in Rechnung gestellt, kommt es sodann zu einem Gewahrsamswechsel durch Bruch.

Aufgrund des bisher Gesagten bleibt für den für klausurrelevanten Umgang mit Einverständnissen in den Gewahrsamswechsel folgendes Vorgehen festzuhalten: Am Beginn dieses Prüfungsteils sollte die Überlegung stehen, welche Sachverhaltsangaben diesbezüglich einer argumentativen Verwertung zuzuführen sind. Zwar mag die (ausdrückliche) Aufforderung zu einer derartigen Vorüberlegung einstweilen banal anmuten. Für Aufbau und Struktur des Lösungsgutachtens ist es jedoch – wie gesehen – von zentraler Bedeutung, alle „eingebauten" Stellen, an denen maßgeblich der Wille des Gewahrsamsinhabers ausschlaggebend ist, zu identifizieren. Sodann ist sauber unter Verweis auf das in der Wegnahmedefinition enthaltene Wort „Bruch" festzustellen, dass es sich beim Diebstahl um ein Delikt gegen die Willensfreiheit des Opfers handelt. Der Täter muss sich im Rahmen der Wegnahmehandlung über den Herrschaftswillen des Opfers hinwegsetzen. Ist der bisherige Gewahrsamsinhaber mit einem Gewahrsamswechsel zugunsten des Täters oder eines Dritten einverstanden, kann an einen Entfall des Tatbestands aufgrund eines tatbestandsausschließenden Einverständnisses zu denken sein. Zur Beurteilung der Frage, ob ein solches Einverständnis vorliegt, kommt es entscheidend auf den tatsächlichen Willen des Gewahrsamsinhabers (nicht den des Eigentümers) unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls sowie der objektiven Verkehrsanschauung an. Erst im Anschluss an diese grundsätzlichen Klärungen – die zuweilen auch kürzer gefasst werden können – sollte vom Bearbeiter mit der rechtlichen Würdigung einzelner Sachverhaltskonstellationen begonnen werden, wobei das tatbestandsausschließende

66 Ausführlich dazu *Bode* (Fn. 10), JA 2017, 110 (112 f.).

67 *Herr*, Der Geist der Weihnacht – beim Containern. Sanft, aber herzlich, LTO v. 01.01.2015, abrufbar unter: http://www.lto.de/recht/hintergruende/h/containern-strafbarkeit-diebstahl-hausfriedensbruch-besitzwille/, konsultiert am 12.07.2017.

68 Es wäre an eine Dereliktion gem. § 959 BGB (Aufgabe des Eigentums) von Seiten des Ladeninhabers zu denken. Dies hätte zur Folge, dass es sich bei den weggeworfenen Lebensmitteln um herrenlose Sachen, mithin um untaugliche Diebstahlsobjekte handelt, *Duttge*, in: HK-StGB (Fn. 38), § 242 Rn. 15; hierzu bereits *Vergho*, Zur Strafbarkeit von „Containern", StraFo 2013, 15 ff.

69 *Bode* (Fn. 3), JA 2016, 589 (591).

70 *Herr*, LTO v. 01.01.2015 (Fn. 67).

Einverständnis – nach Maßgabe seiner Konzeption – als „Vehikel rechtlicher Argumentation" im positiven Sinne zu gebrauchen ist.

c) Vorsatz und die Absicht rechtswidriger Zueignung

Beim Diebstahl handelt es sich um ein Delikt mit sog. überschießender Innentendenz. Für die Strafbarkeitsprüfung bedeutet dies, dass neben Vorsatz bzgl. aller objektiven Tatbestandsmerkmale (vgl. § 15 StGB) auch die Absicht rechtswidriger Zueignung als besonderes subjektives Merkmal festzustellen ist. Da es T gerade darauf ankam (*dolus directus* 1. Grades), sich durch dauerhafte Verdrängung des früheren Eigentümers aus der Verfügungsgewalt selbst als Eigentümer der Whiskeyflasche zu gerieren (*se ut dominum gerere*), und ihm insofern auch bewusst war, dass kein fälliger und einredefreier Anspruch zu seinen Gunsten streitet, hat er vorsätzlich bzgl. aller objektiven Tatbestandsmerkmale und in der Absicht rechtswidriger Zueignung gehandelt.

Zur Behandlung der Zueignungsabsicht in der Klausur sei vorausgeschickt: Ein Einrücken des Täters in die Eigentümerstellung am Diebstahlsobjekt ist durch die Wegnahmehandlung allein nicht möglich. Dies wird durch den Wortlaut des § 935 Abs. 1 S. 1 BGB belegt („Der Erwerb des Eigentums auf Grund der §§ 932 bis 934 tritt nicht ein, wenn die Sache dem Eigentümer gestohlen worden, verloren gegangen oder sonst abhandengekommen war."), weshalb die i.R.d. Zueignungsabsicht erforderliche Aneignungskomponente nur das Anmaßen einer „eigentümerähnlichen" Position (i.S.v. § 903 BGB) zum Inhalt haben kann.[71] Der Fallbearbeiter sollte freilich nicht dazu neigen, jede vorsätzliche Wegnahme bereits als das Anmaßen einer eigentümerähnlichen Position zu deuten. Eine spezifische Prüfung beider Komponenten der Zueignungsabsicht (Enteignungsvorsatz und Aneignungsabsicht) ist stets ratsam.[72] Als praktische Indizien können solche Verhaltensweisen des Täters herangezogen werden, die grundsätzlich dem Eigentümer vorbehalten sind, bspw. das Veräußern oder das Verschenken der betreffenden Sache.[73] Anders liegt es, wenn die Waren des Ladengeschäfts vom Täter ausschließlich zum Zweck der Beschädigung oder Zerstörung weggenommen werden, ohne dass eine vorherige Nutzung erfolgen soll (denkbar im Fall von Plünderungen)[74]. Mangels Aneignungsabsicht kommt ein Diebstahl in diesen Fällen nicht in Betracht.[75]

d) Diebstahl geringwertiger Sachen

Im Anschluss an die Prüfung von Rechtswidrigkeit und Schuld sollte bei Diebstählen aus Selbstbedienungsläden – allein schon wenn sich im Sachverhalt konkrete Preisangaben zu den Diebstahlsobjekten finden lassen – auch § 248a StGB in Betracht gezogen werden. Dieser regelt seinem Wortlaut nach, dass „Diebstahl und Unterschlagung geringwertiger Sachen in den Fällen der §§ 242 und 246 nur auf Antrag verfolgt werden, es sei denn, dass die Strafverfolgungsbehörde wegen des besonderen öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung ein Einschreiten von Amts wegen für geboten hält." Für eine den Sachverhalt ausschöpfende Fallbearbeitung ist es bedeutsam, festzustellen, ob es sich zur Tatzeit (§ 8 S. 1 StGB) um eine ihrem objektiven Verkehrswert nach geringwertige Sache gehandelt hat bzw. welcher Geringwertigkeitsmaßstab gilt.[76] Da es sich bei dem Begriff der Geringwertigkeit (parallel dazu findet sich in § 153 Abs. 1 StPO auch der Begriff des geringen Schadens) um einen unbestimmten Rechtsbegriff handelt, ist die Abgrenzung im Einzelfall der Rechtsprechung überantwortet. Der BGH setzt für die Geringwertigkeit aktuell noch eine Wertgrenze von 25 Euro an,[77] wohingegen u.a. von Stimmen in der Literatur ein Verkehrswert von wenigstens 50 Euro gefordert wird.[78] Bei mehreren gestohlenen Gegenständen muss entscheidend auf den Gesamtwert der Beute abgestellt werden.[79] Dem Prüfungskandidaten bleibt es also kaum erspart, die unterschiedlichen Grenzwerte im Blick zu behalten. Erbeutet der Täter ausschließlich Gegenstände, die ihrem Gesamtwert nach unter 25 Euro liegen, genügt indes ein kurzer Verweis, dass es sich jedenfalls – selbst nach restriktivster („täterunfreundlichster") Auffassung – um geringwertige Sachen handelt. Weitere Ausführungen zur Geringwertigkeitsgrenze können unterbleiben. In allen übrigen Fällen erscheint angesichts des steigenden Lohn- und Preisniveaus eine Grenzziehung bei 50 Euro angemessen.[80] Die Ausschlussklausel bei geringfügiger Beute greift prüfungstechnisch gesehen jedoch nicht nur hinsichtlich des Strafantragserfordernisses, sondern wirkt sich, wie dem Wortlaut des § 243 Abs. 2 StGB („In den Fällen des Absatzes 1 Satz 2 Nr. 1 bis 6 ist ein besonders schwerer Fall ausgeschlossen, wenn sich die Tat auf eine geringwertige Sache bezieht.") zu entnehmen ist, auch hinsichtlich der Anwendbarkeit möglicher Regelbeispiele gem. § 243 Abs. 1 StGB aus. Im Gegensatz zu § 248a StGB, der seinem Regelungsinhalt

71 *Fischer*, StGB (Fn. 3), § 242 Rn. 33a; *Wittig*, in: BeckOK StGB (Fn. 4), § 242 Rn. 35; vgl. ferner *Wessels/Hillenkamp*, StR BT 2 (Fn. 61), Rn. 148.

72 *Rengier*, StR BT I (Fn. 10), § 2 Rn. 39.

73 *Vogel*, in: LK-StGB (Fn. 23), § 242 Rn. 141; *Wessels/Hillenkamp*, StR BT 2 (Fn. 61), Rn. 172.

74 Vgl. die Berichterstattung zu den Geschehnissen i.R.d. G20-Gipfels in Hamburg, https://www.tagesschau.de/inland/hamburg-krawalle-101.html (konsultiert am 12.07.2017).

75 *Vogel*, in: LK-StGB (Fn. 23), § 242 Rn. 156; *Hoyer*, in: SK-StGB (Fn. 17), § 242 Rn. 78.

76 Vgl. *Wittig*, in: BeckOK StGB (Fn. 4), § 248a Rn. 4; *Fischer*, StGB (Fn. 3), § 248a Rn. 3; umfassend zum Merkmal der Geringwertigkeit *Kudlich/Noltensmeier/Schuhr*, Die Behandlung geringwertiger Tatobjekte im Strafrecht, JA 2010, 342 ff.

77 Vgl. BGH, Beschl. v. 09.07.2004 – 2 StR 176/04 = BeckRS 2004, 07428; *Fischer*, StGB (Fn. 3), § 248a Rn. 3a.

78 Statt vieler *Kühl*, in: Lackner/Kühl (Fn. 30), § 248a Rn. 3.

79 *Hohmann*, in: MüKoStGB (Fn. 12), § 248a Rn. 5; *Vogel*, in: LK-StGB (Fn. 23), § 248a Rn. 8.

80 *Hohmann*, in: MüKoStGB (Fn. 12), § 248a Rn. 6; vgl. ferner *Wessels/Hillenkamp*, StR BT 2 (Fn. 61), Rn. 339; zustimmend auch *Kudlich/Noltensmeier/Schuhr* (Fn. 76), JA 2010, 342 (343); *Rengier*, StR BT I (Fn. 10), § 3 Rn. 40.

nach ausschließlich die Zulässigkeit der Strafverfolgung (vgl. § 158 Abs. 2 StPO) betrifft,[81] kommt es hierbei zusätzlich darauf an, dass der Täter die Geringwertigkeit auch subjektiv erkannt hat.[82]

e) Verhältnis zu § 246 Abs. 1 StGB

Seit dem Sechsten Gesetz zur Reform des Strafrechts (6. StrRG)[83] gilt die Unterschlagung im Verhältnis zu anderen Zueignungsdelikten (§ 242 StGB oder § 249 StGB) als Auffangtatbestand.[84] Dementsprechend enthält ein vollendeter Diebstahl immer auch den Straftatbestand der Unterschlagung. Dieses Subsidiaritätsverhältnis findet seine ausdrückliche Erwähnung in § 246 Abs. 1 letzter Halbs. StGB („wenn die Tat nicht in anderen Vorschriften mit schwererer Strafe bedroht ist"). Davon unberührt ist indes die Diskussion zur rechtlichen Behandlung „wiederholter Zueignungen" geblieben.[85] Zugespitzt wird dabei der Frage nachgegangen, ob bei der erneuten Verwertung des Diebstahlsobjekts (bspw. durch Verzehr) bereits tatbestandlich eine Zueignung i.S.d. § 246 Abs. 1 StGB ausscheidet („Tatbestandslösung") oder das spätere Zueignungsdelikt erst im Wege der Gesetzeskonkurrenz – als mitbestrafte Nachtat – verdrängt wird („Konkurrenzlösung").[86] Aus klausurtaktischen Gründen ist generell anzuraten, auch in Fällen, in denen kein Teilnehmer (vgl. § 28 Abs. 1 StGB) in Sicht ist, diesen gut überschaubaren Meinungsstreit (kurz) darzustellen und zu entscheiden. Im Ergebnis streiten wohl die besseren Argumente für einen Entfall der Strafbarkeit auf Tatbestandsebene.[87] Es ist nämlich nicht einzusehen, warum sich unter dem Begriff „Zueignung" neben der Begründung des Herrschaftsverhältnisses über eine Sache oder einer erstmaligen Verfügung über diese auch die bloße Ausnutzung der bereits geschaffenen Herrschaftsstellung verstehen lässt.[88] Hinzu kommt, dass es auch mit Blick auf die in der Zueignung enthaltene Enteignungskomponente, mit der die auf Dauer angelegte Entziehung der Sache erfasst wird, denklogisch nur schwer nachvollziehbar erscheint, sich dieselbe Ware wiederholt zuzueignen.[89] Kriminalpolitischen Bedenken angesichts der Bestrafung von Teilnehmern ist mit einem Verweis auf §§ 257 und 259 StGB entgegenzutreten, nach denen mögliche Verwertungs- und Sicherungshandlungen weiterhin unter Strafe gestellt sind.[90] T kann sich durch den späteren Akt des Verzehrens den gestohlenen Whiskey nicht erneut zueignen.

2. Zur Strafbarkeit gem. § 123 Abs. 1 Alt. 1 StGB

Weiterhin steht für T die Frage einer Strafbarkeit wegen Hausfriedensbruch im Raum. Dieser Straftatbestand setzt gem. § 123 Abs. 1 Alt. 1 StGB seinem Wortlaut nach voraus, dass jemand „in die Geschäftsräume […] widerrechtlich eindringt".

a) Widerrechtliches Eindringen

Die Tathandlung des „Eindringens" erfasst das körperliche Betreten gegen oder ohne den Willen des Berechtigten,[91] womit sich zeigt, dass der Hausfriedensbruch (auch) die ungestörte Willensbetätigung des Betroffenen in den tatbestandlich erfassten Räumen schützt und dementsprechend als willensbezogenes Delikt eingeordnet werden kann.[92] Durch das Merkmal „Eindringen" wird Bezug zum Opferwillen hergestellt, weshalb ein tatbestandsausschließendes Einverständnis des Laden- bzw. Hausrechtsinhabers in die Tathandlung dem Grunde nach möglich ist.[93] Dieses Einverständnis hat zur Folge, dass bereits der objektive Tatbestand – nicht etwa erst die Rechtswidrigkeit der Tat – des § 123 Abs. 1 StGB zu verneinen sein wird, weil es an einem Eindringen mangelt. Was nunmehr die rechtliche Beurteilung des Vorliegens dieses Einverständnisses anbelangt, bleibt insbesondere für Fälle des Ladendiebstahls zu klären, ob eine Differenzierung einzelner die Räumlichkeiten betretender Personen erfolgen kann. Mithin muss geprüft werden, ob ein generelles Einverständnis zum Betreten des Ladengeschäfts vom Inhaber an die Bedingung geknüpft werden kann, dass es nur für ordentliche Kunden, nicht aber für potentielle Diebe gilt.[94]

81 *Fischer*, StGB (Fn. 3), § 248a Rn. 1; vgl. auch die Übersicht bei *Beulke*, KlK StR III (Fn. 46), S. 590.

82 *Wittig*, in: BeckOK StGB (Fn. 4), § 243 Rn. 27; *Fischer*, StGB (Fn. 3), § 243 Rn. 26; *Duttge*, in: HK-StGB (Fn. 38), § 243 Rn. 56; zur praktischen Fallbearbeitung *Rengier*, StR BT I (Fn. 10), § 3 Rn. 6 ff.

83 BGBl. 1998 I 164.

84 *Eser/Bosch*, in: Schönke/Schröder StGB (Fn. 12), § 246 Rn. 19; *Fischer*, StGB (Fn. 3), § 246 Rn. 2; *Wessels/Hillenkamp*, StR BT 2 (Fn. 61), Rn. 307; mit weiteren Hinweisen für die Fallbearbeitung Rengier, StR BT I (Fn. 10), § 3 Rn. 3.

85 Instruktiv *Kretschmer*, Tatbestands- oder Konkurrenzlösung: eine typische Argumentation im Strafrecht, JuS 2013, 24 (24-25).

86 Vgl. BGHSt 14, 38 = NJW 1960, 684; *Eser/Bosch*, in: Schönke/Schröder StGB (Fn. 12), § 246 Rn. 19.

87 Treffend *Hohmann*, in: MüKoStGB (Fn. 12), § 246 Rn. 41; BGHSt 14, 38; *Fischer*, StGB (Fn. 3), § 246 Rn. 15; a.A. *Wittig*, in: BeckOK StGB (Fn. 4), § 246 Rn. 8.

88 *Hohmann*, in: MüKoStGB (Fn. 12), § 246 Rn. 39 f.; vgl. *Vogel*, in: LK-StGB (Fn. 23), § 246 Rn. 51.

89 *Vogel*, in: LK-StGB (Fn. 23), § 242 Rn. 51; eine umfassende Streitdarstellung findet sich zudem bei *Beulke*, KlK StR III (Fn. 46), S. 234 f.

90 *Rengier*, BT I (Fn. 10), § 5 Rn. 23.

91 *Rackow*, in: BeckOK StGB (Fn. 4), § 123 Rn. 13; *Heger*, in: Lackner/Kühl StGB (Fn. 30), § 123 Rn. 5; weiterführend *Bohnert*, Die Willensbarriere als Tatbestandsmerkmal des Hausfriedensbruchs, GA 1983, 1.

92 OLG Hamm, NJW 1982, 2676; *Rackow*, in: BeckOK StGB (Fn. 4), § 123 Rn. 4; *Ostendorf*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen StGB (Fn. 19), § 123 Rn. 29.

93 *Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder StGB (Fn. 12), § 123 Rn. 14-15; *Fischer*, StGB (Fn. 3), § 123 Rn. 16, 23; *Rengier*, Strafrecht Besonderer Teil II, 15. Aufl. 2014, § 30 Rn. 9; *Ludwig/Lange* (Fn. 4), JuS 2000, 446.

94 Vgl. dazu *Steinmetz*, Hausfriedensbruch bei Räumen mit genereller Zutrittserlaubnis, JuS 1985, 94; fallbezogen *Kuhli*, Grundfälle zum Hausfriedensbruch, JuS 2013, 211 (211 f.).

b) Zulässige Bedingungen für eine generelle Zutrittserlaubnis

Der i.S.d. § 123 Abs. 1 StGB dispositionsbefugte K ist grundsätzlich damit einverstanden, dass Personen während der regulären Öffnungszeiten seinen Laden betreten. Für diese generelle Zutrittserlaubnis spricht, dass er – seinem wirtschaftlichen Interesse nach – mit einer Öffnung für den allgemeinen Publikumsverkehr potentiellen Kunden die Möglichkeit des Zutritts zu seinen Verkaufsräumen verschaffen möchte.[95] Dagegen kommt es ihm eher ungelegen, wenn Personen in seinem Geschäft verkehren, die ausschließlich in feindseliger Absicht – bspw. zur Verübung eines Diebstahls oder einer Gewalttat – eintreten. Fraglich erscheint daher, ob auch für diese Fälle ein tatbestandsausschließendes Einverständnis als unbedingt erteilt anzunehmen und folglich ein tatbestandsmäßiges „Eindringen" i.S.d. § 123 Abs. 1 Alt. 1 StGB abzulehnen ist. Für die Beantwortung der Frage ist im Kern entscheidend, ob der Vorbehalt von K, sein Geschäft ausschließlich dem gewöhnlichen Kundenverkehr zugänglich machen zu wollen, eine in zulässiger Weise formulierte Bedingung für die generell erteilte Zutrittserlaubnis darstellt.

Wie bereits ausgeführt, können aus Gründen der Rechtssicherheit insofern nur solche Bedingungen Berücksichtigung finden, bei denen der Bedingungseintritt zum Zeitpunkt der Tatbegehung nach außen erkennbar wird. Zur Klarstellung sei darauf hingewiesen, dass es dabei nicht auf die Erkennbarkeit der Bedingung ankommt. Vielmehr ist der Frage nachzugehen, ob zum Zeitpunkt der Vornahme der Tathandlung – diese kennzeichnet gem. § 8 S. 1 StGB die Begehung der Tat – abschließend beurteilt werden kann, ob der Täter die vom Berechtigten formulierten Bedingungen für das Einverständnis erfüllt hat. *In casu* muss bei Betreten des Ladengeschäfts und damit „zur Zeit der Tat" i.S.d. § 8 S. 1 StGB eine für die Zulässigkeit der Bedingung notwendige Unterscheidung zwischen redlichen Kunden und Personen mit rechtsfeindlichen Absichten nach objektiver Verkehrsanschauung möglich sein.

Nochmals sei betont, dass es für diese an äußerlichen Kriterien orientierte Beurteilung insoweit keine Rolle spielen kann, ob der Ladeninhaber seine Bedingung ausdrücklich (z.B. durch das Aufstellen von Warnschildern) oder konkludent (bspw. durch Diebstahlsicherungen) gegenüber eintretenden Personen zum Ausdruck bringt. Vielmehr ist entscheidend, dass nach Maßgabe der Verkehrsanschauung – also objektiv – erkennbar ist, ob die jeweilige Person als Kunde – und deshalb jedenfalls vom Einverständnis des Ladeninhabers gedeckt – oder rechtsfeindlich gesinnt eintritt. Sollte sich ein potentieller Dieb dabei äußerlich nicht von einem normalen Kunden unterscheiden lassen, so muss konsequenterweise auch zu seinen Gunsten ein tatbestandsausschließendes Einverständnis angenommen werden. Die innere Motivation (= rein gedankliches Faktum) hat sich in diesem Fall gerade nicht äußerlich manifestiert, weshalb die bei objektiver Betrachtung an das tatbestandsausschließende Einverständnis des Ladeninhabers geknüpfte Bedingung als erfüllt anzusehen ist. Das Einverständnis gilt, da sich etwaige Bedingungen des Ladeninhabers als strafrechtlich unzulässig erweisen, zugunsten von T als unbedingt erteilt.

Anders verhält es sich lediglich dann, wenn bereits bei Betreten des Ladengeschäfts und damit „zur Zeit der Tat" (§ 8 S. 1 StGB) das im Rahmen eines gewöhnlichen Kundenverkehrs zu fordernde „sozialübliche Maß" klar überschritten wird – sei es bspw. durch das Tragen einer Waffe im Anschlag. Hierdurch tritt eine Abgrenzung zum redlichen Kunden äußerlich und somit nach der Verkehrsanschauung objektiv kenntlich zutage. In derartigen Fällen wird die vom Ladeninhaber formulierte Bedingung, dass sich Kunden im Rahmen des gebilligten äußerlichen Erscheinungsbildes zu halten haben, nicht erfüllt, weshalb ein „Eindringen" – das Betreten „gegen oder ohne den Willen" des Hausrechtsinhabers – erfolgt und § 123 Abs. 1 StGB tatbestandsmäßig gegeben ist. Die gleiche Rechtslage gilt im Übrigen auch für Situationen, in denen ein Betreten der Geschäftsräumlichkeiten außerhalb der vom Ladeninhaber vorgesehenen Öffnungszeiten und ohne dessen Aufforderung erfolgt. Erneut steht hier der natürliche Wille des Rechtsgutsträgers einem Eintreten des Täters entgegen, sodass dieser i.S.v. § 123 Abs. 1 Alt. 1 StGB widerrechtlich eindringt.

In der Zusammenschau wird deutlich, dass sich die vom Ladeninhaber an die generelle Zutrittserlaubnis zum Betreten seines Geschäfts geknüpfte Bedingung, nur redlichen Kunden Zugang verschaffen zu wollen, als zulässig erweist, sofern eine Personenunterscheidung anhand äußerlicher Kriterien und nach objektiver Beurteilung möglich ist. Aus dieser Wertung folgt wiederum, dass sich die generelle Zutrittserlaubnis grundsätzlich auch auf Personen mit rechtsfeindlicher Gesinnung erstreckt, solange diese nach außen hin nicht kenntlich wird. Als allgemeiner Gedanke für die prüfungstechnische Umsetzung ist daher festzuhalten: Innere Vorbehalte des Berechtigten kommen nur dann als zulässige Bedingung in Betracht, wenn sie nach objektiven Kriterien und „zur Zeit der Tat" (§ 8 S. 1 StGB) von außen beurteilbar sind.[96] In diesem Zusammenhang auftretende rechtsfeindliche Absichten müssen sich billigerweise im äußeren Erscheinungsbild dokumentieren, um als strafrechtlich relevant zu gelten.

c) Vorsatz und Strafantragserfordernis

Der subjektive Tatbestand des Hausfriedensbruchs erfordert i.S.d. § 15 StGB Vorsatz bzgl. aller objektiven Tatbestandsmerkmale. Dazu genügt bereits der sog. *dolus eventualis* (bedingter Vorsatz). Besondere Absichten in Bezug auf den Bruch des Hausfriedens müssen nicht vorliegen.[97]

95 Allgemein dazu *Heger*, in: Lackner/Kühl StGB (Fn. 30), § 123 Rn. 7; *Fischer*, StGB (Fn. 3), § 123 Rn. 18.

96 *Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder StGB (Fn. 12), § 123 Rn. 26; fallbezogen: *Beulke*, KlK StR III (Fn. 46), S. 89.

97 *Schäfer*, in: MüKoStGB, 3. Aufl. 2017, StGB § 123 Rn. 56; *Fischer*, StGB (Fn. 3), § 123 Rn. 41.

Falls der Täter nicht weiß, dass er gegen den Willen des Berechtigten handelt, indem er bspw. dessen Duldung als Einverständnis deutet, kommt ein Tatbestandsirrtum gem. § 16 Abs. 1 S. 1 StGB in Betracht. Denn der Täter kennt hinsichtlich des tatsächlichen „Opferwillens" einen Umstand nicht, der zum gesetzlichen Tatbestand des § 123 Abs. 1 StGB gehört.[98] In der Klausur sollte im Anschluss an die Feststellungen zu Tatbestand, Rechtswidrigkeit und Schuld zudem auf das in § 123 Abs. 2 StGB enthaltene Strafantragserfordernis („Die Tat wird nur auf Antrag verfolgt.") geachtet werden.

3. Überlegungen zum Konkurrenzverhältnis von § 242 StGB und § 123 StGB bei Ladendiebstählen

Zum Abschluss des strafrechtlichen Gutachtens ist stets ein Gesamtergebnis zu formulieren, das sich über ein bloßes „Zusammenschreiben" der identifizierten Strafnormen hinaus durch die Bildung von Konkurrenzverhältnissen auszeichnen sollte. Als Orientierungshilfe zur Lösung fordernder Konkurrenzfragen bei Ladendiebstählen ist es dienlich, in Fällen, in denen das Eindringen im Dienste (= absichtlich zur Begehung) der Wegnahme erfolgt, zunächst von einer idealiter konkurrierenden Tatbestandsverwirklichung von einfachem Diebstahl und Hausfriedensbruch auszugehen.[99] Bedingung dafür ist, dass der Täter beide Straftatbestände – Diebstahl und Hausfriedensbruch – durch dieselbe Handlung verwirklicht hat, da nur dann der ausdrücklichen Regelung des § 52 Abs. 1 StGB genüge getan wird.[100] Gleichwohl fallen beim Diebstahl aus Ladengeschäften der Bruch des Hausfriedens und die Wegnahme des Diebstahlsobjekts rein chronologisch betrachtet häufig auseinander. Bereits mit Eintritt des (bewaffneten) Täters in das Ladengeschäft können die Voraussetzungen eines Eindringens i.S.d. § 123 Abs. 1 Alt. 1 StGB erfüllt sein. Hingegen kann die für den Diebstahlstatbestand erforderliche Wegnahmehandlung vom Täter – von Außenständen einmal abgesehen – oftmals erst im Ladeninneren (bspw. durch Bildung einer Gewahrsamsenklave) vorgenommen werden. In dieser Sicht der Dinge ist weder von Handlungseinheit im natürlichen Sinn, wobei der Täter aufgrund einer Willensentscheidung eine Körperbewegung hervorgerufen hat,[101] noch von natürlicher Handlungseinheit zu sprechen (diese erfordert nach Auffassung des BGH, dass die einzelnen Betätigungsakte – von einem umfassenden Tatentschluss getragen – räumlich und zeitlich derart eng miteinander verbunden sind, dass sie bei natürlicher Betrachtungsweise als einheitliches Tun erscheinen[102]). Allerdings hilft der Umstand weiter, dass der Hausfriedensbruch sog. Dauerdeliktscharakter aufweist. Zwar wird bereits mit Eindringen in das Ladengeschäft ein rechtswidriger Zustand geschaffen. Dieser dauert jedoch solange an, wie der Täter sich in dem geschützten Bereich aufhält.[103] Der strafrechtliche Vorwurf erfasst mithin auch das bloße Aufrechterhalten der widerrechtlichen Lage. Zugleich wird durch ihr rechtswidriges Fortdauern zeitliche Kontinuität (Zeitgleichheit) hinsichtlich nachfolgender Willensakte (Wegnahmehandlung) geschaffen. Bricht der Täter also absichtlich den Hausfrieden, um Waren zu stehlen, impliziert dies einen Verhaltenszusammenhang (Teilidentität) zwischen Hausfriedensbruch und anschließend begangenem Diebstahl.[104] Aufgrund dieser sog. Absichtsverwirklichung wird schließlich eine i.S.d. § 52 Abs. 1 StGB taugliche Handlungseinheit erzeugt.

Anknüpfend daran wäre in einem zweiten Schritt zu fragen, ob Gesetzeskonkurrenz in Betracht kommt. Liegt – abhängig vom Einzelfall – keine der anerkannten Fallgruppen der Gesetzeskonkurrenz (Spezialität, Konsumtion oder Subsidiarität) vor, tritt keines der beiden Delikte hinter dem jeweils anderen zurück.[105] Das Endergebnis lautet dann: Diebstahl (§ 242 Abs. 1 StGB) und Hausfriedensbruch (§ 123 Abs. 1 Alt. 1 StGB) bilden eine Tateinheit (nach § 52 Abs. 1 StGB).

IV. Schlussbemerkung

Gemessen an den zuvor dargestellten Grundsätzen ist bei Delikten gegen die Willensfreiheit des Opfers stets darauf zu achten, ob sich der Täter tatsächlich über den Opferwillen hinwegsetzt oder nicht vielmehr ein tatbestandsausschließendes Einverständnis in Betracht kommt. Für dessen Prüfung sind sodann alle Umstände des Einzelfalls sowie der jeweils betroffenen Strafnorm zu berücksichtigen. Dabei ist die Aufmerksamkeit auch auf die Frage der Zulässigkeit von an das Einverständnis geknüpften Bedingungen zu richten. Die Antwort ist regelmäßig daran zu orientieren, ob der Bedingungseintritt zum Zeitpunkt der Tatbegehung von außen abschließend beurteilt werden kann, wobei die hierzu anhand der vorstehenden Ausführungen aufgezeigte Grundstruktur von der Notwendigkeit befreien soll, übermäßiges Detailwissen hinsichtlich der Behandlung einzelner Problemfacetten ansammeln zu müssen.

98 *Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder StGB (Fn. 12), § 123 Rn. 34.

99 Vgl. *Fischer*, StGB (Fn. 3), § 123 Rn. 45; a.A. *Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder StGB (Fn. 12), § 123 Rn. 36.

100 Instruktiv zur Lehre von der Tateinheit *Puppe*, Die Lehre von der Tateinheit, JuS 2017, 503 ff.

101 *von Heintschel-Heinegg*, in: BeckOK StGB (Fn. 4), § 52 Rn. 25.

102 Vgl. etwa BGH, NStZ 2016, 594; BGH, Beschl. v. 17.11.2016 – 3 StR 402/16 mAnm *Jäger*, JA 2017, 387; BGH, NStZ 2006, 284.

103 Vgl. *von Heintschel-Heinegg*, in: BeckOK StGB (Fn. 4), § 52 Rn. 42; *Kühl*, in: Lackner/Kühl (Fn. 30), § 52 Rn. 7; siehe auch *Puppe* (Fn. 100), JuS 2017, 503 (505).

104 Dazu auch *Rengier*, StR BT II (Fn. 93), § 30 Rn. 28-31; weiterführend *Puppe*, Die Lehre von der Tateinheit, JuS 2017, 637 (640 f.).

105 Anders liegt der Fall, wenn beim Diebstahl die Strafe dem § 243 Abs. 1 Nr. 1 StGB entnommen wird. Dann tritt der Hausfriedensbruch als typische Begleittat (im Wege der Konsumtion) hinter den Diebstahl in einem besonders schweren Fall zurück, *Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder StGB (Fn. 12), § 123 Rn. 36; *Rengier*, StR BT I (Fn. 10), § 3 Rn. 60; *Rackow*, in: BeckOK StGB (Fn. 4), § 123 Rn. 31.