

# Examensübungsklausur: Die etwas andere Schnäppchenjagd

Von Wiss. Mitarbeiterin **Elena Hilgers**, Gießen\*

## Sachverhalt

A, der in die Nähe der Universitätsstadt G gezogen ist, hat bereits seinen Lieblingssupermarkt (S) gefunden. Dieser hat eine große Produktpalette und verkauft alles von Lebensmitteln bis hin zu technischen Produkten. Besonders an S ist, dass dieser eine neue Art der Bezahlung eingeführt hat. Jeder Kunde kann zu Beginn des Einkaufs seine Kundenkarte an einem Gerät vorzeigen und erhält sodann ein Handscangerät. Mithilfe dieses Scangeräts kann der Kunde die Produkte, die er in seinen Wagen legt, während seines gesamten Einkaufs scannen. Dabei können die gescannten Produkte sogar in Tüten verstaut werden und müssen grundsätzlich nicht zu einem späteren Zeitpunkt vorgezeigt werden. Auf dem Display des Geräts werden die gescannten Artikel in ihrer Anzahl und mit ihrem jeweiligen Preis aufgelistet. Sobald der Kunde seine Einkäufe erledigt hat, begibt er sich zu einer gesonderten Kasse, drückt auf dem Gerät die Taste „Einkauf beenden“ und zeigt an einer der speziellen Kassen seine Kundenkarte vor. Durch das Vorzeigen der Karte werden die Daten der gescannten Artikel auf den Monitor vor ihm übertragen und er kann diese bezahlen. Bei diesem Vorgang überwacht ein Angestellter des S immer sechs solcher Kassen. Dieser hilft – wenn nötig – beim Bezahlvorgang und kontrolliert stichprobenartig Einkäufe, indem per Zufall Kunden ausgewählt werden, bei denen einige wenige Barcodes, die sich neben dem ausgewiesenen Preis auf den Preisschildern befinden, gescannt werden. Anschließend wird lediglich überprüft, ob der Kunde diese während seines Einkaufs gescannt hatte.

Diese Methode erscheint A geeignet, um seine technische Ausstattung „günstig“ bei seinem nächsten Großeinkauf aufzubessern. Nachdem er sich einen Scanner mithilfe seiner Kundenkarte besorgt hat, steuert er zielstrebig auf die Technikabteilung zu und legt eine Spielekonsole i.W.v. 400 € und ein Smartphone i.W.v. 500 € in seinen Wagen. Im Anschluss begibt er sich in die Büroabteilung, zieht in einem unbeobachteten Moment das Etikett eines Notizbuchs für 10 € ab, klebt dieses auf die Spielekonsole und scannt es ab, nachdem er das eigentliche Preisetikett der Konsole in Stücke zerrissen hat, damit – falls er kontrolliert wird – das neue Etikett an der Konsole vom Kontrolleur abgescannt werden kann und mit seinen Scans übereinstimmt. Beide Preisschilder waren auf Veranlassung des Supermarkthinhabers (I) angebracht worden. Anschließend verstaut er die Konsole zwischen ordnungsgemäß gescannten Produkten in seinem Einkaufswagen. Dabei sieht er eine alte Dame (D) mit einem sehr vollen Wagen an ihm vorbeifahren. Ganz oben liegt eine große Nudelpackung, die 1,50 € kostet. Damit er sein eigenes Risiko, erwischt zu

werden, minimieren kann, holt er sich die gleiche Sorte Pasta, scannt den Barcode ein und versteckt das Handy im Nudelpaket. Hierzu muss er nur wenige Nudeln entnehmen, damit der Luftraum im Paket ausreichend Platz gewährt. Schnell hat er D im Laden gefunden und tauscht in einem unbeobachteten Moment seine präparierte Nudelpackung gegen die gewöhnliche in ihrem Einkaufswagen aus. Nach dem Einkauf beabsichtigt er diese wieder zurückzutauschen.

Im Anschluss begibt sich A zur Kasse für die Selbstscanner und bezahlt seinen gescannten Einkauf, während die in der Nähe sitzende Kassiererin (K) einem anderen Kunden hilft. Gleichzeitig entdeckt er D, die just in diesem Moment das manipulierte Nudelpaket bei Kassierer (R) an einer regulären Kasse für 1,50 € bezahlt hat, und folgt ihr nach Verlassen des Kassenbereichs zu ihrem Auto. Dabei nähert er sich ihr freundlich und bietet ihr an, ihr mit den schweren Tüten zu helfen. Die sehr aufmerksame D, die das Angebot gerne annimmt, sieht im Augenwinkel, wie A etwas aus ihrer großen Handtasche, in der sich das präparierte Nudelpaket befindet, entnehmen möchte. Blitzschnell zückt sie ihren Gehstock und haut A kräftig gegen das Schienbein, wodurch er gezwungen ist, von der Tasche abzulassen, und ihm ein Bluterguss entsteht. Dabei sagt sie laut, er solle ihre Sachen in Ruhe lassen. Sie hatte die Befürchtung, dass ihr Ruf allein den großen und muskulösen A nicht davon abgehalten hätte, weiter in ihrer Handtasche zu wühlen. Währenddessen holt A bereits aus und schiebt D aus Angst, die Konsole zu verlieren, und in der Hoffnung, das Mobiltelefon in der Nudelpackung noch mitnehmen zu können, kräftig, wodurch diese das Gleichgewicht verliert und zu Boden stürzt. Dabei knickt sie mit ihrem Fußgelenk um und erleidet große Schmerzen. Geistesgegenwärtig ruft sie um Hilfe, wodurch A, bevor er das präparierte Nudelpaket entwenden und mit seinen Einkäufen entweichen kann, von anderen Kunden des S festgehalten wird und seine gesamten Missetaten aufgedeckt werden können.

Wie hat sich A strafbar gemacht?

## Bearbeitungshinweis

Etwaig erforderliche Strafanträge sind gestellt. §§ 123, 303, 240, 246 StGB sind nicht zu prüfen.

Gehen Sie davon aus, dass alle Verkaufsgegenstände im Eigentum des I stehen.

## Lösung

### Tatkomplex 1: Im Supermarkt

#### A. Die Spielekonsole

#### I. § 274 Abs. 1 Nr. 1 Var. 1 StGB durch das Entfernen des Etiketts vom Notizbuch

A könnte sich einer Urkundenunterdrückung nach § 274 Abs. 1 Nr. 1 Var. 1 StGB schuldig gemacht haben, indem er das Etikett von dem Notizbuch entfernte.

\* Die *Autorin* ist Wiss. Mitarbeiterin an der Professur für Bürgerliches Recht, Arbeitsrecht und Sozialrecht (Prof. Dr. Martin Gutzeit) an der Justus-Liebig-Universität Gießen. Die Klausur wurde im Examensklausurenkurs des universitären Repetitoriums gestellt. Die Teilnehmer erzielten im Schnitt 5,21 Punkte bei einer Durchfallquote von ca. 24 %.

*1. Objektiver Tatbestand*

Dazu müsste es sich bei dem Notizbuch mit dem Etikett um eine Urkunde handeln, die A entweder überhaupt nicht oder nicht ausschließlich gehört und die er vernichtet, beschädigt oder unterdrückt hat.

*a) Urkunde*

Eine Urkunde ist jede verkörperte menschliche Gedankenklärung, die ihren Aussteller erkennen lässt und zum Beweis im Rechtsverkehr geeignet und bestimmt ist.<sup>1</sup> Demnach muss das Etikett einen bestimmten Gedanken verkörpern, der abseits seines bloßen Daseins eine Vorstellung bei einem anderen weckt.<sup>2</sup> Ein Preisetikett zeigt den Preis für einen bestimmten Gegenstand an. Allerdings wird oftmals erst durch die Verbindung des Preisetiketts mit der betroffenen Sache deutlich, auf welche sich der Preis überhaupt bezieht. Bei der Verbindung von dem Notizbuch mit dem Etikett könnte es sich daher um eine sog. zusammengesetzte Urkunde handeln. Dafür muss die verkörperte Gedankenerklärung (die Höhe des Preises) mit einem Bezugsobjekt (dem Notizbuch) hinreichend fest verbunden sein, sodass sich aus ihrer Verbindung ein neuer Erklärungsinhalt ergibt: In diesem Fall die Kosten für das Notizbuch. Für eine hinreichende Verbindung ist es zwar nicht nötig, dass die Komponenten nur mit einem erheblichen Aufwand getrennt werden können,<sup>3</sup> allerdings muss eine gewisse „Festigkeit“<sup>4</sup> zwischen den Komponenten bestehen, weshalb lose Verpackungen nicht ausreichend sind.<sup>5</sup> Diesen Anforderungen genügt ein auf der Ware aufgeklebtes Preisetikett.<sup>6</sup> Folglich handelt es sich bei dem Notizbuch mit dem aufgeklebten Etikett um eine verkörperte Gedankenerklärung. Diese soll im Supermarkt den durch den Verkäufer bestimmten Preis für die Ware auszeichnen und bei der Bezahlung der Ermittlung des Preises dienen, weshalb sie auch zur Beweisführung geeignet und bestimmt ist – auch wenn es sich nur um eine *invitatio ad offerendum* handelt.<sup>7</sup> Zudem lässt sie ihren Aussteller, den Supermarktinhaber I, erkennen. Daher handelt es sich bei der Verbindung aus Notizbuch und Etikett um eine zusammengesetzte Urkunde.

*Hinweis:* Teilweise wird auch darauf verwiesen, dass der Verkäufer mithilfe des Preisetiketts beweisen könne, dass

er seiner Preisauszeichnungspflicht nach § 1 PAngV nachgekommen sei.<sup>8</sup>

*b) Nicht Gehören*

Das Beweisführungsrecht an der Urkunde stand zumindest auch dem Inhaber des Kaufhauses zu, weshalb A die Urkunde nicht (ausschließlich) gehörte.

*c) Vernichten, Beschädigen oder Unterdrücken*

Indem das Preisschild vom Notizbuch entfernt wurde, fehlt die Ausweisung des Preises, sodass die zusammengesetzte Urkunde vernichtet wurde.<sup>9</sup>

Folglich hat A eine ihm nicht gehörende Urkunde vernichtet.

*2. Subjektiver Tatbestand*

Dabei hat er willentlich den Straftatbestand des § 274 Abs. 1 Nr. 1 StGB in Kenntnis aller seiner objektiven Tatbestandsmerkmale verwirklicht und mithin vorsätzlich gehandelt. Zudem müsste er die Urkunde mit Nachteilszufügungsabsicht vernichtet haben. Grundsätzlich meint Absicht *dolus directus* 1. Grades. Allerdings ist es selten das Motiv des Täters, einem Dritten einen Nachteil zuzufügen, stattdessen sieht er diesen als sichere Folge seines Handelns voraus und findet sich damit ab.<sup>10</sup> Daher erscheint es, um § 274 Abs. 1 Nr. 1 StGB nicht leerlaufen zu lassen und im Interesse des Rechtsgüterschutzes, angemessen, die Nachteilszufügungsabsicht bereits bei Handeln mit *dolus directus* 2. Grades zu bejahen.<sup>11</sup> Indes differenziert das Strafgesetzbuch sprachlich bewusst zwischen Absicht und sicherem Wissen (vgl. etwa §§ 145, 226 Abs. 2, 258 StGB). Da im Strafrecht keine Auslegung zulasten des Täters möglich ist (vgl. Art. 103 Abs. 2 GG) und der Wortlaut von § 274 Abs. 1 Nr. 1 StGB ausdrücklich Absicht verlangt, sieht sich diese Ansicht mit dem Vorwurf eines möglichen Verstoßes gegen Art. 103 Abs. 2 GG konfrontiert.<sup>12</sup> Nach Art. 103 Abs. 2 GG muss die Strafandrohung für den Normadressaten vorhersehbar sein, weshalb dem Wortlaut der Norm eine wichtige Funktion zukommt.<sup>13</sup> Dennoch bedarf es der Auslegung, welche Vorsatzformen konkret von § 274 Abs. 1 Nr. 1 StGB erfasst sind. Da auch derjenige mit Täuschungsabsicht nach §§ 267 ff. StGB handelt, der direkten Vorsatz hat,<sup>14</sup> ist aus systematischen Erwägungen ein ent-

<sup>1</sup> Ständige Rechtsprechung; vgl. nur BGHSt 3, 82 (84 f.); 13, 235 (239).

<sup>2</sup> Weidemann, in: v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar zum StGB, Stand: 1.11.2021, § 267 Rn. 5 m.w.N.

<sup>3</sup> Erb, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 5, 3. Aufl. 2019, § 267 Rn. 53.

<sup>4</sup> Jäger, Strafrecht, Besonderer Teil, 8. Aufl. 2019, § 14 Rn. 444.

<sup>5</sup> Vgl. hierzu OLG Köln NJW 1979, 729.

<sup>6</sup> OLG Düsseldorf NJW 1982, 2268; vgl. OLG Karlsruhe BeckRS 2019, 12710 Rn. 25.

<sup>7</sup> OLG Karlsruhe BeckRS 2019, 12710 Rn. 34; so bereits Peters, Anm. zu OLG Hamm NJW 1968, 1894 (1896).

<sup>8</sup> OLG Hamm NJW 1968, 1894 (1895).

<sup>9</sup> Vgl. zu einer zusammengesetzten Urkunde aus GTIN-Etikett und Gegenstand OLG Karlsruhe BeckRS 2019, 12710 Rn. 33.

<sup>10</sup> Heine/Schuster, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 274 Rn. 15.

<sup>11</sup> Exemplarisch BGH NJW 1953, 1924; Weidemann (Fn. 2), § 274 Rn. 11 m.w.N.

<sup>12</sup> Freund, Urkundenstrafataten, 2. Aufl. 2010, Rn. 296; ders., in: Joecks/Miebach (Fn. 3), § 274 Rn. 58.

<sup>13</sup> BVerfGE 92, 1 (12).

<sup>14</sup> Vgl. etwa Heger, in: Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2018, § 267 Rn. 25; Erb (Fn. 3), § 267

sprechendes Verständnis bei der Nachteilszufügungsabsicht naheliegend. Ziel des Analogieverbots ist es zudem, dass die Entscheidung, ob ein Verhalten strafwürdig ist, von dem Gesetzgeber festgelegt und nicht nachträglich durch Exekutive und Judikative bestimmt wird.<sup>15</sup> Eine solche Gefahr besteht hier nicht. Folglich muss sich der beabsichtigte Nachteil darauf richten, den Beweisführungsberechtigten in seinen Rechten zu beeinträchtigen.<sup>16</sup> A kam es zwar lediglich darauf an, das Etikett zu entfernen, um es später für die Spielekonsole zu verwenden, allerdings weiß er sicher, dass zugleich die Verbindung aus Notizbuch und Etikett vernichtet wurde und sich somit der Preis für dieses Buch nicht an der Kasse unmittelbar beweisen lässt. Damit handelt er, obwohl es nur eine bloße Nebenfolge ist, mit Nachteilszufügungsabsicht.

2. *Rechtswidrigkeit und Schuld*

A handelte auch rechtswidrig und schuldhaft.

3. *Ergebnis*

Folglich hat sich A durch das Entfernen des Preisschildes vom Notizbuch einer Urkundenunterdrückung nach § 274 Abs. 1 Nr. 1 Var. 1 StGB schuldig gemacht.

**II. § 267 Abs. 1 Var. 1, Var. 2 StGB durch das Ablösen der Etiketten und das Aufkleben des neuen Etiketts**

A könnte sich einer Urkundenfälschung nach § 267 Abs. 1 Var. 1 und Var. 2 StGB strafbar gemacht haben, indem er die Etiketten von der Spielekonsole und dem Notizbuch ablöste und letzteres auf die Spielekonsole klebte.

1. *Tatbestandsmäßigkeit*

Dazu müsste er zur Täuschung im Rechtsverkehr eine unechte Urkunde hergestellt oder eine echte Urkunde verfälscht haben.

a) *Objektiver Tatbestand*

aa) *Echte Urkunde verfälschen*

Die ursprünglich zusammengesetzte Urkunde aus Spielekonsole und Preisschild stammte von dem aus ihr hervorgehenden Aussteller, dem I, und war damit echt. Diese Urkunde könnte A verfälscht haben. Dies setzt voraus, dass die in ihr verkörperte Gedankenerklärung verändert wird, sodass der Anschein entsteht, der Aussteller habe diese Erklärung von vornherein intendiert.<sup>17</sup> Bei einer zusammengesetzten Urkunde kann sich dieser bereits durch die bloße Auswechslung des Bezugsobjekts ergeben.<sup>18</sup> Indem A das Etikett auf der Konsole austauschte, erweckte er fälschlich den Eindruck, dieser Preis sei von I als maßgeblicher Preis für die invitatio ad offerendum vorgegeben worden. Die daraus entstandene Ein-

heit aus Spielekonsole und aufgeklebtem Preisschild des Notizbuchs weist eine hinreichend feste Verbindung auf, die zusammen eine menschlich verkörperte Gedankenerklärung enthält, und ist dazu geeignet und bestimmt, an der Kasse den Kaufpreis auszuweisen. Nach der sog. Geistigkeitstheorie<sup>19</sup> ist I im Wege der ergänzenden Auslegung die veränderte Erklärung zuzurechnen, sodass er auch ihr Aussteller ist. Während dieses Vorgangs muss die zusammengesetzte Urkunde ihre Urkundenqualität behalten haben. Da streng genommen die zusammengesetzte Urkunde mit Ablösen des Preisschildes ihre Urkundeneigenschaft verlor, könnte keine Urkunde mehr bestanden haben, die verfälscht werden konnte. Allerdings ist bei einer *einheitlichen Betrachtungsweise* des gesamten Vorgangs die kurzzeitige Auflösung der zusammengesetzten Urkunde – da unmittelbar eine neue Urkunde entstand – unerheblich.<sup>20</sup> Teilweise wird sogar angenommen, die zusammengesetzte Urkunde höre aufgrund der natürlichen Handlungseinheit trotz des Ablöses nie auf zu existieren<sup>21</sup>. Somit hat er jedenfalls eine echte Urkunde durch den Austausch des Etiketts an der Spielekonsole verfälscht.

bb) *Unechte Urkunde herstellen*

Da A die zusammengesetzte Urkunde aus Spielekonsole und Notizbuch-Etikett durch das Aufkleben des Preisschildes hergestellt hat und I nur dem Schein nach der Aussteller ist, hat A zugleich eine unechte Urkunde hergestellt.

*Hinweis:* Streng genommen handelt es sich bei einer unechten Urkunde um keine Urkunde. Für die strafrechtliche Klausurprüfung sollte jedoch nicht über diese Feinheit diskutiert werden.<sup>22</sup>

b) *Subjektiver Tatbestand*

A handelte vorsätzlich. Daneben müsste A die echte Urkunde verfälscht und damit die unechte Urkunde zur Täuschung im Rechtsverkehr hergestellt haben. Er beabsichtigte im Falle einer Kontrolle, den Angestellten an der Kasse dazu zu veranlassen, ihn passieren zu lassen. Die Täuschung ist daher nur notwendig, wenn A tatsächlich kontrolliert wird. Es reicht für die Täuschungsabsicht jedoch aus, dass A lediglich jeden möglichen Kausalverlauf absichern will, obwohl er weiß, dass die Täuschung vermutlich nicht notwendig sein wird.<sup>23</sup> Mithin hatte A auch Täuschungsabsicht.

<sup>19</sup> Näher zur Körperlichkeits- und Geistigkeitstheorie Erb (Fn. 3), § 267 Rn. 124 f.

<sup>20</sup> BGHSt 16, 94 f.; Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 68. Aufl. 2021, § 267 Rn. 35 m.w.N.; Linke/Hacker, JA 2009, 347 (348).

<sup>21</sup> Geppert, Jura 1988, 158 (161); Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil II, 22. Aufl. 2021, § 33 Rn. 48, 51; Wessels/Hettinger/Engländer, Strafrecht, Besonderer Teil 1, 45. Aufl. 2021, § 18 Rn. 831.

<sup>22</sup> Näher hierzu Erb (Fn. 3), § 267 Rn. 27–29.

<sup>23</sup> Zu Kausalitätsfragen innerhalb der Täuschungsabsicht Erb (Fn. 3), § 267 Rn. 208.

Rn. 209, § 268 Rn. 47.

<sup>15</sup> BVerfGE 71, 108 (116); 92, 1 (12).

<sup>16</sup> BGH NSTZ 2010, 332 (333).

<sup>17</sup> Statt aller RGSt 62, 11 (12); Heine/Schuster (Fn. 10), § 267 Rn. 65a m.w.N.

<sup>18</sup> Heine/Schuster (Fn. 10), § 267 Rn. 65a m.w.N.

## 2. Rechtswidrigkeit und Schuld

Zudem handelte A rechtswidrig und schuldhaft.

## 3. Ergebnis

Damit ist er aufgrund der Spezialität von § 267 Abs. 1 Var. 2 gegenüber Var. 1 einer Urkundenfälschung nach § 267 Abs. 1 Var. 2 StGB schuldig.

## III. § 274 Abs. 1 Nr. 1 Var. 1 StGB durch das Entfernen des Etiketts von der Spielekonsole

Indem er das Etikett von der Spielekonsole entfernte, ist A zugleich einer Urkundenunterdrückung nach § 274 Abs. 1 Nr. 1 Var. 1 StGB schuldig.

## IV. § 267 Abs. 1 Var. 3 StGB durch das Beisichführen der Spielekonsole

Daneben könnte A wegen einer Urkundenfälschung gem. § 267 Abs. 1 Var. 3 StGB strafbar sein, indem er die Spielekonsole mit dem falschen Preisschild bei sich führte.

Dazu müsste A die verfälschte zusammengesetzte Urkunde aus Spielekonsole und Etikett des Notizbuchs zur Täuschung im Rechtsverkehr gebraucht haben. Eine Urkunde wird gebraucht, wenn sie dem potentiellen Adressaten der Täuschung so zugänglich gemacht wird, dass dieser die Möglichkeit zur Kenntnisnahme hat.<sup>24</sup> Entscheidend ist, dass der Täuschungsadressat *unmittelbar* Zugang zur Urkunde hat und dieser nicht von einer weiteren Handlung – auch der eines Dritten – abhängt.<sup>25</sup> Daher ist weder ein Angebot zur Vorlage noch das Beisichtragen der verfälschten Urkunde, sodass sie ggf. vorgezeigt werden kann, ein Gebrauchmachen i.S.v. § 267 Abs. 1 Var. 3 StGB.<sup>26</sup> Da A die zusammengesetzte Urkunde lediglich für den Notfall mit sich führte, sie letztlich nicht K vorlegte und tief in den Einkaufswagen legte, hielt er sie auch nicht zur Kenntnisnahme bereit. Damit gebrauchte er sie nicht.

Daher ist A nicht wegen einer Urkundenfälschung nach § 267 Abs. 1 Var. 3 StGB strafbar.

*Hinweis:* Zwar könnte wegen derselben Handlung eine Strafbarkeit des A nach §§ 267 Abs. 1 Var. 3, 22, 23 Abs. 1 StGB erwogen werden. Allerdings würde diese im Wege der tatbestandlichen Handlungseinheit neben der vollendeten Urkundenfälschung nach § 267 Abs. 1 Var. 2 StGB ohnehin verdrängt werden, weshalb eine Prüfung unterbleiben kann. Darüber hinaus hat er mangels Durchführung einer Kontrolle durch das Supermarktpersonal nicht einmal unmittelbar zum Versuch angesetzt.

## V. §§ 263 Abs. 1, 22, 23 Abs. 1 StGB durch das Aufkleben des Etiketts und das Mitsichführen der veränderten Konsole

Daneben könnte A sich wegen eines versuchten Betrugs gem. §§ 263 Abs. 1, 22, 23 Abs. 1 StGB zum Nachteil des I und zu eigenen Gunsten strafbar gemacht haben, indem er das Etikett des Notizbuchs auf die Spielekonsole klebte und diese mit sich führte.

Da keine Person getäuscht wurde, ist der Betrug nicht vollendet. Zudem ist der versuchte Betrug nach §§ 23 Abs. 1 Var. 2, 12 Abs. 2, Abs. 1, 263 Abs. 2 StGB strafbar.

A müsste mit Tatentschluss unmittelbar zum versuchten Betrug angesetzt haben.

### 1. Tatentschluss

A wollte dem Kassenpersonal bei einer *möglichen* Kontrolle konkludent vorspiegeln, dass das an der Konsole befestigte Preisetikett ordnungsgemäß gescannt wurde, indem das Personal das Preisschild mit den auf der Einkaufsliste des A vermerkten Etiketten abgleichen kann. Seine Entscheidung über das „Ob“ der Tat machte er damit von einer äußeren Bedingung, auf die er keinen Einfluss hat, abhängig. Damit war lediglich die Tatausführung, nicht jedoch sein Wille zur Tat vom Eintritt der Bedingung abhängig.<sup>27</sup> Er selbst war – wenn die seinem Einwirkungsbereich entzogene Bedingung eintritt – zur Tat entschlossen (sog. bedingter Handlungswille<sup>28</sup>). Dabei sollte der mögliche Kontrolleur glauben, dass A seine Einkäufe zutreffend gescannt hat, wodurch er A den Kassenbereich mit der Spielekonsole, obwohl er nur den Preis für das Notizbuch bezahlt hat, passieren lässt. Durch den Gewahrsams- und Besitzverlust beabsichtigte A, das Vermögen des I zu verringern und sein eigenes Vermögen rechtswidrig zu vermehren, weshalb er auch mit Bereicherungsabsicht handelte. Dass A für den Betrug kontrolliert werden muss – und er damit objektiv eine Bedingung setzt –, ist für das Bestehen seines Tatentschlusses unerheblich.

### 2. Unmittelbares Ansetzen

Zudem müsste A unmittelbar zum Betrug angesetzt haben. Nach der gemischt subjektiv-objektiven Theorie setzt der Täter unmittelbar an, wenn er subjektiv die Schwelle zum „Jetzt-geht’s-los“ überschritten hat und aus seiner Sicht objektiv keine weiteren wesentlichen Zwischenschritte zur Verwirklichung des Tatbestands notwendig sind.<sup>29</sup> Aus der Sicht des A hat dieser sich mit dem Aufkleben und dem Beisichführen der verfälschten Urkunde lediglich auf eine mögliche Kontrolle vorbereitet. Bei einem solchen mehraktigen Geschehen ist daher maßgeblich, ob diese Handlung *unmittelbar* zu einer irrtumsbedingten Vermögensverfügung

<sup>24</sup> Erb (Fn. 3), § 267 Rn. 195.

<sup>25</sup> RGSt 16, 228 (231); Hoyer, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 5, 9. Aufl. 2019, § 267 Rn. 85; Erb (Fn. 3), § 267 Rn. 197.

<sup>26</sup> Erb (Fn. 3), § 267 Rn. 197; BGH GA 1973, 179; BGH StV 1989, 304.

<sup>27</sup> BGH NStZ 2014, 633.

<sup>28</sup> Rengier, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 12. Aufl. 2020, § 34 Rn. 9–11.

<sup>29</sup> BGHSt 26, 201 (202 f.); 28, 162 (163); 48, 34 (36); Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 51. Aufl. 2021, § 17 Rn. 947.

führt.<sup>30</sup> Der Verfügung durch das Kassenpersonal war aber noch zwischengeschaltet, dass überhaupt eine Kontrolle bei A durchgeführt wird. Auf diesen Umstand hat A keinen Einfluss. Wenn A für seine Handlung eine Bedingung setzt, deren Eintritt für ihn nicht absehbar ist, hat er aus seiner Sicht zudem noch nicht einmal die Schwelle zum „Jetzt-geht’s-los“ überschritten. Mithin hat er nicht unmittelbar zum Betrug angesetzt.

### 3. Ergebnis

Demnach hat sich A nicht wegen eines versuchten Betrugs strafbar gemacht.

## VI. § 263a Abs. 1 StGB durch das Einscannen des neuen Barcodes und den späteren Abschluss des Scanvorgangs an der Kasse

Stattdessen könnte sich A wegen eines Computerbetrugs gem. § 263a Abs. 1 StGB zum Nachteil des I und zu eigenen Gunsten strafbar gemacht haben, indem er den Barcode auf dem Etikett des Notizbuchs scannte und diese Daten letztlich auf die Kasse übertrug.

Dazu müsste A das Vermögen eines anderen geschädigt haben, indem er das Ergebnis eines Datenverarbeitungsvorgangs durch eine unbefugte Einwirkung auf dessen Ablauf beeinflusst hat.

### 1. Unbefugte Einwirkung auf den Ablauf eines Datenverarbeitungsvorgangs

#### a) Verwendung unrichtiger oder unvollständiger Daten (Var. 2)

Hierfür könnte A unrichtige oder unvollständige Daten verwendet haben. Daten sind kodierte oder kodierbare Informationen.<sup>31</sup> § 263a Abs. 1 Nr. 2 StGB erfasst vor allem Fälle der sog. Inputmanipulation, bei der unrichtige oder unvollständige Daten in den ansonsten ordnungsgemäßen Programmablauf eingebracht werden.<sup>32</sup> Unrichtig sind Daten, wenn die Informationen, die sie vermitteln, keine Entsprechung in der Wirklichkeit haben.<sup>33</sup> Da die eingegebenen Daten des Notizbuch-Etiketts jedoch den in Wirklichkeit bestehenden Angaben zum Preis des Notizbuchs entsprechen, handelt es sich um richtige Daten. Unvollständige Daten geben demgegenüber nicht hinreichend die Informationen über die jeweils relevante Tatsache weiter.<sup>34</sup> Das Etikett des Notizbuchs gibt jedoch alle relevanten Informationen an, um den Preis des Notizbuchs richtig zu bestimmen. Demnach handelt es sich

weder um unrichtige noch um unvollständige Daten i.S.v. § 263a Abs. 1 Var. 2 StGB.<sup>35</sup>

#### b) Unbefugte Verwendung von Daten (Var. 3)

Allerdings könnte A, indem er das Preisschild des Notizbuchs scannte, Daten unbefugt verwendet haben.

Zur Frage, wann Daten unbefugt verwendet werden, haben sich vor allem drei Ansätze entwickelt: die computerspezifische, die subjektivierende und die betrugsspezifische Auslegung. Nach der computerspezifischen Auslegung werden Daten unbefugt verwendet, wenn das Gebrauchen der Daten entgegen dem Willen des Berechtigten erfolgt und dieser Wille im Programm selbst Eingang gefunden hat.<sup>36</sup> Das Einscannen des Etiketts des Notizbuchs erfolgt jedoch nicht gegen den Willen des I. Zudem spielt der Wille des Berechtigten bei dem Einscannen der Preisschilder keine Rolle, so dass hiernach die Daten nicht unbefugt verwendet wurden. Demgegenüber legen andere einen stärkeren Fokus auf den Willen des Berechtigten und fordern daher gerade nicht dessen Berücksichtigung im Programm (sog. subjektivierende Auslegung).<sup>37</sup> Da das Einscannen der Preisschilder gerade im Interesse des Berechtigten erfolgt, muss auch eine subjektivierende Ansicht eine unbefugte Verwendung der Daten verneinen. Entscheidend ist jeweils, dass es unerheblich ist, welches Produkt A mitnimmt. Es geht allein um das Scannen des Preisschildes. Die inzwischen vom Bundesgerichtshof vertretene betrugsspezifische Auslegung betont die Parallele zwischen § 263 StGB und § 263a StGB, indem sie überlegt, ob ein Mensch – gedacht an die Stelle des Computers – durch die vorgenommene Handlung getäuscht worden wäre.<sup>38</sup> Hierfür ist maßgeblich, welches Vorstellungsbild der fiktive Mitarbeiter hat. Dies bestimmt sich maßgeblich nach seinen Aufgaben und damit einhergehenden Pflichten zur Überprüfung des Vorgangs. Bei der Bezahlung mittels eines Handscangeräts und eines Computers als Kasse würde ein fiktiver Mitarbeiter im Markt die Produkte einscannen – wie sonst an der Kasse – und sodann die Summe abkassieren. Dreh- und Angelpunkt ist, ob der Mitarbeiter dabei entweder – wie gewöhnlich an der Kasse – durch das Vorzeigen des Preisschildes davon ausgeht, dass er den Preis des Produkts scannt, welches die Kasse verlässt oder eine solche Prüfung unterlassen würde. Da weder das Scangerät noch der Bezahlcomputer

<sup>30</sup> BGHSt 50, 174 (178); BGH NStZ 2011, 400; *Satzger*, in: *Satzger/Schluckebier/Widmaier* (Hrsg.), *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 5. Aufl. 2021, § 263 Rn. 189.

<sup>31</sup> BT-Drs. 10/5058, S. 30.

<sup>32</sup> *Mühlbauer*, in: *Joecks/Miebach* (Fn. 3), § 263a Rn. 28.

<sup>33</sup> BGHSt 58, 119 (125 Rn. 26); *Mühlbauer* (Fn. 32), § 263a Rn. 28.

<sup>34</sup> *Kindhäuser*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* (Hrsg.), *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch*, Bd. 3, 5. Aufl. 2017, § 263a Rn. 17.

<sup>35</sup> Im „W.A.Z./Playboy-Fall“ hatte *Fahl*, NStZ 2014, 244 (245) – dem OLG Hamm BeckRS 2013, 16642 – in dem Vorenthalten der Daten des Etiketts des Playboys die Verwendung unvollständiger Daten gesehen.

<sup>36</sup> *Achenbach*, JR 1994, 293 (295); *ders.*, in: *Dölling* (Hrsg.), *Festschrift für Karl Heinz Gössel zum 70. Geburtstag*, 2002, S. 481 (494 f.); OLG Celle NStZ 1989, 367.

<sup>37</sup> BGHSt 40, 331 (334 f.); *Kindhäuser* (Fn. 34), § 263a Rn. 27 m.w.N.; *Bühler*, MDR 1991, 14 (16); *Mitsch*, JZ 1994, 883 f.

<sup>38</sup> Exemplarisch zum Ganzen BGHSt 38, 120 (124); 47, 160 (162 f.); BGH MMR 2005, 95 (96); BGH NStZ-RR 2015, 337; *Schmidt*, in: v. Heintschel-Heinegg (Fn. 2), § 263a Rn. 23 m.w.N.; zum Prüfungsumfang *Fahl*, NStZ 2014, 244 (245 f.).

kontrollieren, ob statt den zu den tatsächlich abgescannten Preisschildern gehörenden Gegenständen andere mitgenommen wurden, hätte A nur bei dem erweiterten Prüfungsumfang des fiktiven Mitarbeiters – wonach dieser kontrolliert oder zumindest davon ausgeht, dass der angegebene Preis jeweils zu dem an ihm befestigten Produkt gehört – Daten unbefugt verwendet. Für eine auf die Fähigkeiten des Computers beschränkte Auslegung spräche u.a., dass so Wertungswidersprüche in Fällen des Kartenmissbrauchs durch den Inhaber zwischen § 263a StGB und § 266b StGB vermieden werden.<sup>39</sup> Demgegenüber betont die Ansicht, die den Prüfungsumfang des fiktiven Mitarbeiters erweitern möchte,<sup>40</sup> die Parallele zu § 263 StGB.<sup>41</sup> Zudem entspricht sie, da ansonsten keine Vollendung der unbefugten Datenverwendung möglich ist, dem Telos der Norm.<sup>42</sup> Indem A dem gedachten Mitarbeiter die Konsole mit dem Etikett des Notizbuchs zum Scannen reicht, würde er konkludent auf dessen Vorstellungsbild einwirken. Folglich würde dieser über die Zugehörigkeit des Produkts zu dem gescannten Etikett getäuscht. Demnach läge allein nach der weiten betrugsspezifischen Auslegung eine unbefugte Verwendung der Daten vor. Im Ergebnis ist die betrugsspezifische Auslegung auch vorzugswürdig: Während die computerspezifische Ansicht bei einem Missbrauch durch den Berechtigten versagt, fehlen der subjektiven Ansicht klare Grenzen. Demgegenüber entspricht die betrugsspezifische Auslegung dem Willen des Gesetzgebers und besticht mit ihrer Parallele zu § 263 StGB.<sup>43</sup>

Folglich hat A unbefugt Daten verwendet.

*Hinweis:* A.A. mit entsprechender Argumentation vertretbar.

## 2. Beeinflussung des Ergebnisses eines Datenverarbeitungsvorgangs

Die unbefugte Einwirkung auf den Datenverarbeitungsvorgang müsste letztlich sein Ergebnis beeinflusst haben, was sich wiederum unmittelbar vermögensmindernd ausgewirkt haben muss.<sup>44</sup> Demnach dürfen keine weiteren Handlungen des Täters zur Vermögensminderung erforderlich sein.<sup>45</sup> Durch das

Einscannen des Notizbuch-Etiketts wird jedoch nur der Preis für das Notizbuch auf den Scanner und später an die Kasse übermittelt. Weder durch das Einscannen selbst noch durch die Übertragung an die Kasse wird jedoch der Gegenstand, auf dem sich das Preisschild befindet, übereignet oder der Gewahrsam übertragen. Die Mitnahme der Konsole erfolgte davon unabhängig, weshalb die Vermögensminderung jedenfalls *nicht unmittelbar* eintrat. Selbst wenn man überlegt, ob sich A normal verhalten wollte und dadurch die ihn umgebenden Leute täuschen möchte, kann dies nicht überzeugen. In den sonstigen Fällen der Selbstbedienungskasse muss der Kunde jeden einzelnen Artikel vor den anderen Kunden sowie dem beaufsichtigenden Kassierer scannen. Im S scannt jedoch der Kunde seine Produkte während der Einkaufstour. Dabei achten die Leute nicht darauf, ob jedes Produkt unmittelbar eingescannt wird. A fällt damit weniger auf.<sup>46</sup> Mithin fehlt es an einer Beeinflussung des Ergebnisses eines Datenverarbeitungsvorgangs.<sup>47</sup>

## 3. Ergebnis

Im Ergebnis ist A daher nicht wegen Computerbetrugs strafbar.

## VII. §§ 267 Abs. 1 Var. 3, 270 StGB durch das Einscannen des Notizbuch-Etiketts

Da das Einscannen des Preisschildes an der Spielekonsole den Datenverarbeitungsvorgang nicht beeinflusst hat (vgl. § 270 StGB)<sup>48</sup>, hat A sich hierdurch nicht wegen einer Urkundenfälschung nach §§ 267 Abs. 1 Var. 3, 270 StGB strafbar gemacht.

## VIII. § 242 Abs. 1 StGB durch das Passieren des Kassensbereichs

Demgegenüber könnte sich A wegen eines Diebstahls gem. § 242 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben, indem er mit der Spielekonsole den Kassensbereich verließ.

### 1. Tatbestandsmäßigkeit

Dazu müsste A eine fremde bewegliche Sache einem anderen in der Absicht weggenommen haben, die Sache sich oder einem Dritten rechtswidrig zuzueignen.

#### a) Objektiver Tatbestand

Die Spielekonsole stand im Eigentum des I und ist tatsächlich fortschaffbar, weshalb es sich um eine fremde bewegliche Sache handelt.

Diese müsste A einem anderen weggenommen haben. Wegnahme setzt den Bruch fremden und die Begründung

<sup>39</sup> BGHSt 47, 160 (163 f.).

<sup>40</sup> OLG Köln NJW 1992, 125 (126); *Fahl*, NSTZ 2014, 244 (246); *Mühlbauer* (Fn. 32), § 263a Rn. 46; *Herdegen*, in: *Lackner/Kühl* (Fn. 14), § 263a Rn. 13 m.w.N.; *Lenk*, JuS 2020, 407 (409); *Wessels/Hillenkamp/Schuhr*, Strafrecht, Besonderer Teil 2, 43. Aufl. 2020, § 14 Rn. 615; a.A. BGHSt 47, 160 (163); *Altenhain*, JZ 1997, 752 (758).

<sup>41</sup> *Herdegen* (Fn. 40), § 263a Rn. 13.

<sup>42</sup> Näher *Goeckenjan*, JA 2006, 758 (763); *Mühlbauer* (Fn. 32), § 263a Rn. 46.

<sup>43</sup> BT-Drs. 10/318, S. 19; zum Ganzen *Wessels/Hillenkamp/Schuhr* (Fn. 40), § 14 Rn. 613.

<sup>44</sup> *Schmidt* (Fn. 38), § 263a Rn. 37.

<sup>45</sup> BGH NSTZ 2013, 525 (526); BGH NSTZ 2013, 586 (587); *Schmidt* (Fn. 38), § 263a Rn. 38; *Fischer* (Fn. 20), § 263a Rn. 20.

<sup>46</sup> Im „W.A.Z./Playboy-Fall“ sahen dies *Darvish/Kaufhold*, famos 11/2013, 5 anders.

<sup>47</sup> Vgl. für den „W.A.Z./Playboy-Fall“ *Fahl*, NSTZ 2014, 244 (245).

<sup>48</sup> § 270 StGB ist auch auf § 267 StGB anwendbar; näher zum Anwendungsbereich *Erb* (Fn. 3), § 270 Rn. 2; *Heine/Schuster* (Fn. 10), § 270 Rn. 1.

neuen Gewahrsams voraus. Gewahrsam ist die von einem natürlichen Herrschaftswillen getragene tatsächliche Sachherrschaft über einen Gegenstand, deren Reichweite sich nach der Verkehrsauffassung bestimmt.<sup>49</sup> Dabei wird zunehmend vom faktischen Gewahrsamsbegriff Abstand genommen. Stattdessen werden vermehrt normativ-soziale Kriterien zur Zuordnung von Sachen herangezogen.<sup>50</sup> Der Supermarktinhaber hat grundsätzlich an allen Sachen in seinem Geschäft Gewahrsam, sofern nicht andere Personen sog. Gewahrsamsenklaiven begründet haben. An der zum Verkauf stehenden Konsole hatte daher im Ausgangspunkt I Gewahrsam. Zudem hat A, indem er die Konsole in seinen Wagen legte, keine Gewahrsamsenklaive begründet, da es sich bei dem Einkaufswagen um einen offenen Bereich handelt. Er hat erst mit Verlassen des Kassensbereichs Gewahrsam erlangt. Ab diesem Ort sind die Sachen nach ihrem faktischen Zugriff und der Verkehrsanschauung A zugeordnet.

Dieser Gewahrsamsübergang müsste gegen oder ohne den Willen des vorherigen Gewahrsamsinhaber erfolgt sein. Indes könnte die Konsole A an der Kasse übereignet (§ 929 S. 1 BGB) worden sein, was *zugleich* ein tatbestandausschließendes Einverständnis in den Gewahrsamsübergang an der Konsole darstellen würde. Dazu müssten sich A und I über den Eigentumsübergang geeinigt haben. Legt man den an der Kasse geschlossenen dinglichen Vertrag zwischen A und I aus (§ 133, 157 BGB), so ergibt sich, dass die Übereignung unter der Bedingung des ordnungsgemäßen Ablaufs des Scanvorgangs und der Bezahlung (§ 158 Abs. 1 BGB) steht. Da das tatbestandausschließende Einverständnis im Gegensatz zur Willenserklärung jedoch rein tatsächlicher Natur ist,<sup>51</sup> ist unklar, ob es gleichermaßen von einer Bedingung abhängig gemacht werden kann. Allerdings entspricht es einem praktischen Bedürfnis den Gewahrsamsübergang unter die Bedingung der ordnungsgemäßen Bedienung zu stellen (z.B. bei der Entnahme von Waren an Automaten<sup>52</sup>). Entscheidend ist, um was für eine Art von Bedingung es sich handelt: Während das tatbestandausschließende Einverständnis nicht von rein inneren Entscheidungen wie der Zahlungsbereitschaft abhängig gemacht werden kann, können äußere Vorgänge wie die ordnungsgemäße Bedienung als Bedingung in den Willen mitaufgenommen werden (sog. Lehre vom bedingten Einverständnis<sup>53</sup>). Da A nicht das zur Spielekonsole gehörige Etikett eingescannt hat und damit den Scan- und Bezahlvorgang nicht ordnungsgemäß durchgeführt hat, ist die Bedingung

<sup>49</sup> BGHSt 8, 273 (274 f.).

<sup>50</sup> *Welzel*, GA 1960, 257 (265 f.); *Kindhäuser* (Fn. 34), § 242 Rn. 28.

<sup>51</sup> *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil I, 23. Aufl. 2021, § 2 Rn. 64.

<sup>52</sup> Näher zum tatbestandausschließenden Einverständnis bei Warenautomaten exemplarisch *Wittig*, in: v. Heintschel-Heinegg (Fn. 2), § 242 Rn. 22 f.; *Kindhäuser* (Fn. 34), § 242 Rn. 49; kritisch demgegenüber etwa *Schmitz*, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), Münchener Kommentar, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 242 Rn. 101 f. m.w.N.

<sup>53</sup> *Rengier* (Fn. 51), § 2 Rn. 70.

nicht eingetreten, weshalb I weder mit dem Eigentums- noch dem Gewahrsamsübergang an der Konsole einverstanden war. Demnach hat A den Gewahrsam des I gebrochen.

Mithin hat A die Konsole auch weggenommen.

#### b) Subjektiver Tatbestand

Dabei handelte er vorsätzlich und beabsichtigte sich die Spielekonsole zumindest vorübergehend anzueignen sowie I dauerhaft zu enteignen. Die geplante Zueignung ist rechtswidrig und A hatte auch Vorsatz hinsichtlich der Rechtswidrigkeit, sodass er Aneignungsabsicht hatte.

#### 2. Rechtswidrigkeit und Schuld

Seine Handlung war zudem rechtswidrig und schuldhaft.

#### 3. Ergebnis

Folglich ist A eines Diebstahls nach § 242 Abs. 1 StGB schuldig.

### B. Das Smartphone

#### I. § 242 Abs. 1 StGB durch das Verstecken im Nudelkarton

A könnte sich wegen Diebstahls nach § 242 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben, indem er das Smartphone in dem Nudelkarton versteckte.

Das Handy war für A eine fremde bewegliche Sache. Diese müsste er dem ursprünglichen Gewahrsamsinhaber I weggenommen haben. Auch wenn das Smartphone in einem Nudelkarton des I versteckt ist, befindet es sich noch in der generellen Herrschaftssphäre des I. Zudem soll das Nudelpaket samt verändertem Inhalt zur Kasse gebracht werden, weshalb I sowohl faktisch als auch unter sozial-normativen Gesichtspunkten noch Gewahrsam an dem Smartphone hatte.<sup>54</sup> Folglich hat A keinen neuen Gewahrsam begründet, weshalb er sich nicht durch das Verstecken des Mobiltelefons nach § 242 StGB strafbar gemacht hat.

#### II. § 242 Abs. 1 StGB durch Entnahme des Nudelpaketes aus dem Wagen der D

A hat sich auch nicht wegen Diebstahls nach § 242 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben, indem er das Nudelpaket aus dem Wagen der D entnahm. Während D keinen Gewahrsam an den Nudeln erlangt hatte, wurde der Gewahrsam des I nicht gebrochen.

#### III. §§ 242 Abs. 1, 25 Abs. 1 Var. 2 StGB durch D

A könnte sich wegen Diebstahls in mittelbarer Täterschaft nach §§ 242 Abs. 1, 25 Abs. 1 Var. 2 StGB strafbar gemacht haben, indem er das Smartphone im präparierten Nudelpaket im Wagen der D deponierte.

Dazu müsste A dem I das Smartphone weggenommen haben. A selbst hat zwar nicht den Gewahrsam des I durch das Verlassen seines Herrschaftsbereichs gebrochen. Er könnte allerdings den Gewahrsam durch D als sein Werkzeug gebro-

<sup>54</sup> Vgl. hierzu etwa OLG Düsseldorf NJW 1988, 922 (923).

chen haben, indem D mit dem Smartphone den Kassensbereich verließ (vgl. § 25 Abs. 1 Var. 2 StGB). Der Bruch fremden Gewahrsams setzt voraus, dass der Übergang des Gewahrsams gegen oder ohne den Willen des Gewahrsamsinhabers erfolgte. Das Herüberreichen der Ware über das Fließband durch R an D könnte ein tatbestandsausschließendes Einverständnis darstellen. Hierzu sind Dritte in der Lage, wenn sie zur Vertretung des Gewahrsamsinhabers befugt sind.<sup>55</sup> R ist als Kassierer zwar rechtsgeschäftlich zur Vertretung des I bevollmächtigt (§§ 167 Abs. 1, 166 Abs. 2 BGB), sodass er das Einverständnis für den Gewahrsamsübergang erteilen kann. Allerdings ist fraglich, ob sich sein Einverständnis bloß auf die abgerechneten Nudeln oder *auch* auf das versteckte Smartphone im Nudelpaket bezog. In Frage steht dabei, ob sich A eines Betrugs oder eines Diebstahls – welche im Exklusivitätsverhältnis zueinander stehen<sup>56</sup> – schuldig gemacht hat. Relevanz hat dieser Streit vor allem für Fälle, in denen nach Passieren des Kassensbereichs Gewalt gegen Personen verübt oder Drohungen mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben angewendet werden, da nur der Diebstahl eine taugliche Vortat für eine Strafbarkeit nach § 252 StGB ist. Entscheidendes Abgrenzungskriterium ist, ob willentlich – wenn auch irrtumsbedingt – Gewahrsam übertragen oder ob gegen oder ohne den Willen des Berechtigten neuer Gewahrsam begründet wurde.<sup>57</sup> Typischerweise werden Gegenstände (1) im Einkaufswagen versteckt<sup>58</sup> oder (2) in ein Gefäß, welches über das Fließband des Kassierers läuft und abgerechnet wird, (a) hinzugefügt<sup>59</sup> oder (b) gegen eine darin enthaltene Sache ausgetauscht<sup>60</sup>. Während weitgehend Einigkeit darüber besteht, dass sich derjenige, der Gegenstände in seinem Einkaufswagen versteckt und den Kassensbereich passiert, eines Diebstahls schuldig macht – da ein Einverständnis des Kassierers für Gegenstände, die er nach seiner äußeren Form überhaupt nicht wahrgenommen hat, nicht besteht – (Konstellation 1),<sup>61</sup> werden die versteckten und ausgetauschten Waren, die über das Fließband laufen uneinheitlich gelöst. A versteckte das Handy in einem Pastakarton und musste nur wenige Nudeln entnehmen, damit dieses hineinpasst. Sofern die Ware insgesamt ausgetauscht wird, wird ein Einverständnis des Kassierers hinsichtlich des Kartons samt seinem ausgetauschten Inhalt bejaht (Konstellation 2b).<sup>62</sup>

<sup>55</sup> Schmitz (Fn. 52), § 242 Rn. 113.

<sup>56</sup> Vgl. zur h.M. exemplarisch BGHSt 17, 205; Rengier (Fn. 51), § 13 Rn. 75; Wessels/Hillenkamp/Schuh (Fn. 40), § 15 Rn. 623 m.w.N.

<sup>57</sup> BGH NJW 1953, 73; Roßmüller/Rohrer, Jura 1994, 469 (470).

<sup>58</sup> Beispielsweise BGHSt 41, 198.

<sup>59</sup> Exemplarisch der Winkelschleifer-Fall des OLG Düsseldorf NJW 1988, 922 (923).

<sup>60</sup> Hierzu etwa der Windelkarton-Fall des OLG Hamm, Urt. v. 29.6.1978 – 2 Ss 1315/78 = OLGSt § 263, 165.

<sup>61</sup> BGHSt 41, 198; Jäger (Fn. 4), § 6 Rn. 204; Wessels/Hillenkamp/Schuh (Fn. 40), § 15 Rn. 639 m.w.N.

<sup>62</sup> OLG Hamm OLGSt § 263, S. 165; Roßmüller/Rohrer, Jura 1994, 469 (475); Fahl, JuS 2004, 885 (888); Rengier (Fn. 51),

Schließlich irrt der Kassierer allein über Gattung und Wert der Sachen.<sup>63</sup> Da das tatbestandsausschließende Einverständnis rein tatsächlicher Natur ist, sind Irrtümer unbeachtlich und haben dementsprechend keine Auswirkungen auf den bestehenden Willen.<sup>64</sup> Entscheidend ist allein, dass ein Wille hinsichtlich des Gewahrsamsübergangs am Paket gefasst wurde.<sup>65</sup> Demgegenüber ist in Fällen, in denen die Ware, bloß zusätzlich zu der im Karton befindlichen Ware gepackt wird, streitig, inwiefern vom Einverständnis auch die zusätzlichen Gegenstände erfasst sind (Konstellation 2a). Konkret ist fraglich, ob sich das Einverständnis generell auf den Karton samt Inhalt – ungeachtet dessen, ob sich zusätzliche Gegenstände darin befinden –<sup>66</sup> oder lediglich auf den abgerechneten Gegenstand bezieht.<sup>67</sup> Für ein lediglich auf die *abgerechnete* Ware bezogenes Einverständnis wird vielfach eingewandt, im Karton versteckte Gegenstände habe der Kassierer nicht wahrgenommen.<sup>68</sup> A hat bloß einen geringen Teil der Nudeln entnommen und im Wesentlichen das Smartphone zusätzlich in den Karton gepackt. Damit bewegt sich diese Konstellation genau zwischen den beiden beschriebenen Situationen und zeigt das Defizit einer solchen Abgrenzung auf: Der Wille des Kassierers wird uneinheitlich behandelt. Entweder bezieht er sich stets nur auf die abgerechnete Ware oder auf den räumlich abgrenzbaren Karton, den er über seine Kasse zieht, samt seines vollständigen Inhalts. Andernfalls wäre fraglich, wie zu verfahren ist, wenn A ein Handy ohne die Entnahme von Nudeln in das Paket hinzufügt und ein zweites Smartphone gegen Nudeln im Karton austauscht. Wäre A eines Betrugs hinsichtlich des ausgetauschten und eines Diebstahls bezüglich des zusätzlichen versteckten Telefons strafbar? Fahl stellt zudem treffend heraus, dass etwa in einem Paket Schrauben eine fälschlich erhöhte Anzahl an Schrauben bei einer kaum möglichen künstlichen Aufspaltung des Verfügungswillens dazu führen würde, dass der Käufer, wenn er den Fehler erkennt, bei Verwenden der zusätzlichen

§ 13 Rn. 91; Wessels/Hillenkamp/Schuh (Fn. 40), § 15 Rn. 639 m.w.N.

<sup>63</sup> Roßmüller/Rohrer, Jura 1994, 469 (474 f.); Rotsch, JA 2004, 532 (538); ders., Strafrechtliche Klausurenlehre, 3. Aufl. 2021, 2. Teil Fall 13 Rn. 20.

<sup>64</sup> Wessels/Beulke/Satzger (Fn. 29), § 11 Rn. 558, 560; zur Unerheblichkeit der Täuschung auf die Wirksamkeit des Einverständnisses bereits BGHSt 18, 221 (222 f.); BGH VRS 48 (1975), 175 (176).

<sup>65</sup> Roßmüller/Rohrer, Jura 1994, 469 (474 f.); Rotsch (Fn. 63), 2. Teil Fall 13 Rn. 20.

<sup>66</sup> OLG Düsseldorf NJW 1988, 922 (923); Fahl, JuS 2004, 885 (889); ders., NStZ 2014, 244 (247); Hecker, JuS 2019, 819 (821); Heinrich, in: Fahl (Hrsg.), Festschrift für Werner Beulke zum 70. Geburtstag, 2015, S. 393 (396 f.); Rengier (Fn. 51), § 13 Rn. 88.

<sup>67</sup> Perron, in: Schönke/Schröder (Fn. 10), § 263 Rn. 63a; Jäger (Fn. 4), § 6 Rn. 204; Wessels/Hillenkamp/Schuh (Fn. 40), § 15 Rn. 639.

<sup>68</sup> Roßmüller/Rohrer, Jura 1994, 469 (474 f.).

Schraube einer Unterschlagung schuldig wäre.<sup>69</sup> Eine solche Unterscheidung ist daher im Ergebnis nicht zielführend: Entweder wird stets angenommen, dass sich auch bei einem Austausch der Ware das Einverständnis lediglich auf die verbuchten Gegenstände bezieht – wenn diese nicht im Paket vorhanden sind, erhält derjenige nur mit Willen des Berechtigten Gewahrsam am Karton –, oder das Einverständnis bezieht sich stets auf das Gefäß mit seinem möglicherweise auch unbekanntem Inhalt. Für letzteres spricht, dass das tatbestandsausschließende Einverständnis tatsächlicher Natur ist. Ein auf einer Täuschung beruhender Irrtum über den Inhalt und damit insbesondere über Gattung und Wert der Sachen ist folglich für die wirksame Erteilung des Einverständnisses unerheblich (sog. *error in obiecto*).<sup>70</sup> Demnach unterlag R bei dem Überreichen des Pakets zwar einem Irrtum, indem er dachte, er sei einverstanden mit dem Gewahrsamsübergang an den Nudeln, und dabei nicht wusste, dass sich darin noch ein Smartphone befindet. Allerdings wirkt sich dieser Irrtum nicht auf das tatbestandsausschließende Einverständnis am Karton samt den enthaltenen Gegenständen aus. Somit hat R dem Gewahrsamsübergang am Smartphone an D zugestimmt, weshalb A nicht den Gewahrsam des I gebrochen hat.

Mithin hat sich A nicht nach §§ 242 Abs. 1, 25 Abs. 1 Var. 2 StGB strafbar gemacht.

*Hinweis:* Die Frage, wie mit versteckten und vertauschten Sachen in Kartons, die vom Kassierer äußerlich erfasst werden, umzugehen ist, ist sehr umstritten, weshalb auch ein Diebstahl am Smartphone hätte angenommen werden können.

#### IV. §§ 263 Abs. 1, 25 Abs. 1 Var. 2 StGB durch D

Allerdings könnte sich A wegen eines Dreiecksbetrugs in mittelbarer Täterschaft nach §§ 263 Abs. 1, 25 Abs. 1 Var. 2 StGB gegenüber R, zulasten des I und zu eigenen Gunsten durch dieselbe Handlung strafbar gemacht haben.

##### 1. Tatbestandsmäßigkeit

###### a) Objektiver Tatbestand

Dazu müsste A den R über Tatsachen getäuscht und dadurch bei diesem einen Irrtum erregt haben, was zu einer Vermögensverfügung seitens R geführt und letztlich einen Vermögensschaden des I verursacht haben müsste.

###### aa) Täuschungshandlung

Eine Täuschung ist jedes Einwirken auf das Vorstellungsbild eines anderen. A trat jedoch nicht in Kontakt mit R. Stattdessen legte D die Nudelpackung mit dem Smartphone an der

Kasse des R vor. Aus den Gesamtumständen und der Verkehrsanschauung ergibt sich, dass D zugleich erklärte, nichts in dem Karton mit herauszuschmuggeln. Hierdurch wurde bei R konkludent die Vorstellung erzeugt, dass das Paket nur Nudeln enthalte. Der Inhalt des Nudelpakets ist zudem ein gegenwärtiger Zustand, der dem Beweis zugänglich ist, sodass auch über Tatsachen getäuscht wurde. Da D jedoch nichts von dem Smartphone in der Verpackung wusste, handelte sie ohne Vorsatz. Diesen Defekt machte sich A zunutze und hatte damit kraft überlegenen Wissens Tatherrschaft. Mithin hat A den R durch D als sein Werkzeug (vgl. § 25 Abs. 1 Var. 2 StGB) getäuscht.

###### bb) Irrtum

Dies müsste kausal einen Irrtum bei R erregt oder unterhalten haben. Ein Irrtum ist jede Fehlvorstellung des Getäuschten über Tatsachen.<sup>71</sup> R hat sich zwar bewusst keine Gedanken über den Inhalt des Nudelpaketes gemacht, allerdings reicht ein sog. sachgedankliches Mitbewusstsein<sup>72</sup> aus. Es genügt damit, dass R es als selbstverständlich voraussetzte, dass die Nudelpackung, die D wortlos an der Kasse vorgezeigt hat, keine weiteren Sachen außer den Nudeln enthält. Dies zeigt sich u.a. darin, dass R nur die 1,50 € für die Nudeln berechnete. Dementsprechend irrte R auch. Dieser Irrtum beruhte kausal auf der Täuschung.

###### cc) Vermögensverfügung

Anschließend müsste R irrtumsbedingt über Vermögen verfügt haben. Eine Vermögensverfügung ist jedes Handeln, Dulden oder Unterlassen, das sich unmittelbar im wirtschaftlichen Sinne vermögensmindernd auswirkt.<sup>73</sup> R übergab den Karton samt Inhalt an D, sodass er ihr Gewahrsam und Besitz an dem versteckten Handy einräumte. Um Gewahrsam und Besitz an dem Handy zu begründen, musste D nicht wissen, dass sich in dem Nudelpaket ein Smartphone befindet. Dafür war ihr genereller Herrschafts- bzw. Besitzwille über ihren Einkaufswagen, der die gerade von ihr bezahlten Produkte enthält, ausreichend. Gewahrsam und Besitz an einer Sache zu haben, ist eine vermögenswerte Position, weshalb sich deren Verlust unmittelbar vermögensmindernd auswirkt.<sup>74</sup> Allerdings müsste R zum einen diese Verfügung bewusst vorgenommen haben (sog. Verfügungsbewusstsein) und zum anderen zu ihr rechtlich befugt gewesen sein, da er nicht über sein eigenes, sondern über das Vermögen eines Dritten, des I, verfügt. R übergibt D bewusst den Karton samt Inhalt. Dass er dabei über das Innere des Kartons irrt und damit letztlich das Vermögen des I schädigt, ist irrelevant. Daneben ist R als bevollmächtigter Kassierer auch zur Verfügung befugt. Für

<sup>69</sup> *Fahl*, JuS 2004, 885 (889); *ders.*, NStZ 2014, 244 (247).

<sup>70</sup> Zum *error in obiecto* *Roßmüller/Rohrer*, Jura 1994, 469 (474 f.); *Rotsch*, JA 2004, 532 (538); *ders.* (Fn. 63), 2. Teil Fall 13 Rn. 20; *Heinrich* (Fn. 66), S. 396 f.; zur Unerheblichkeit der Täuschung auf die Wirksamkeit des Einverständnisses bereits BGHSt 18, 221 (222 f.); BGH VRS 48 (1975), 175 (176).

<sup>71</sup> *Hefendehl*, in: Joecks/Miebach (Fn. 3), § 263 Rn. 249.

<sup>72</sup> Exemplarisch BGHSt 51, 165 (173 f.); 58, 102 (106 f.); *Fischer* (Fn. 20), § 263 Rn. 62 f.

<sup>73</sup> RGSt 59, 104; BGHSt 14, 170 (171) m.w.N.; *Perron* (Fn. 67), § 263 Rn. 55.

<sup>74</sup> BGHSt 14, 386; OLG Düsseldorf NJW 1988, 922 (923).

die Übertragung des Gewahrsams und des Besitzes am Handy war der Irrtum des R über den Kartoninhalt kausal.

*Hinweis:* Normalerweise ist der Trickdiebstahl in mittelbarer Täterschaft vom Dreiecksbetrug abzugrenzen. Besonders wird dieser Fall dadurch, dass sich A eines Tatmittlers zur Begehung eines Dreiecksbetruges bedient.

#### dd) Vermögensschaden

Nach einer Gesamtsaldierung der ausgetauschten Waren besteht der Schaden des I in dem Verlust von Gewahrsam und Besitz an dem Smartphone, welcher kausal auf der Vermögensverfügung beruht.

#### b) Subjektiver Tatbestand

A handelte vorsätzlich. Zudem müsste er den R in der Absicht getäuscht haben, sich oder einen Dritten zu bereichern. Mit Bereicherungsabsicht handelt, wer die Absicht hat, sich oder einem anderen einen rechtswidrigen stoffgleichen Vermögensvorteil zu verschaffen.<sup>75</sup> Primär strebte A an, selbst Gewahrsam und Besitz an dem Mobiltelefon zu begründen. Hierfür ist sein notwendiges Zwischenziel, auf das sich seine Handlung richtet, dass D Gewahrsam und Besitz erlangt. Da auch derjenige mit Absicht handelt, der ein bloßes Zwischenziel erreichen will,<sup>76</sup> agierte A in der Absicht, D einen Vermögensvorteil – Gewahrsam und Besitz am Mobiltelefon – zu verschaffen. Dieser Vermögensvorteil ist als Kehrseite des Vermögensschadens auch stoffgleich und rechtswidrig, worauf sich ebenfalls der Vorsatz des A erstreckte. Demnach wurde A vorsätzlich und mit Bereicherungsabsicht tätig.

#### 2. Rechtswidrigkeit und Schuld

A handelte rechtswidrig und schuldhaft.

#### 3. Ergebnis

Im Ergebnis ist A daher eines Dreiecksbetrugs in mittelbarer Täterschaft schuldig.

### C. Konkurrenzen

Die Urkundenunterdrückung der zusammengesetzten Urkunde aus Spielekonsole und Preisetikett nach § 274 Abs. 1 Nr. 1 Var. 1 StGB wurde durchgeführt, um die Urkundenfälschung nach § 267 Abs. 1 Var. 2 StGB zu begehen. Daher tritt die Urkundenunterdrückung an der Spielekonsole sowie die Herstellung der unechten Urkunde nach § 267 Abs. 1 Var. 1 StGB als typische Begleiterscheinung des Verfälschens einer Urkunde im Wege der Konsumtion hinter der Urkundenfälschung zurück.<sup>77</sup> Tateinheitlich hat er sich wegen Diebstahls der Kon-

sole nach § 242 Abs. 1 StGB und Urkundenunterdrückung an der Urkunde aus Notizbuch und Preisschild nach § 274 Abs. 1 Nr. 1 Var. 1 StGB strafbar gemacht. Letztere tritt nicht im Wege der Konsumtion hinter der Urkundenfälschung zurück. Andernfalls würde im Schuldspruch nicht hinreichend deutlich, dass A zwei Urkunden unterdrückte, um eine echte Urkunde zu verfälschen.

Der Betrug in mittelbarer Täterschaft an der Kasse des R ist dazu räumlich und zeitlich abgrenzbar, weshalb dieser in Tatmehrheit zu der Urkundenfälschung und dem Diebstahl steht.

Damit ist A wegen der Geschehnisse im Supermarkt gem. §§ 267 Abs. 1 Var. 2, 242 Abs. 1, 52; 263 Abs. 1, 25 Abs. 1 Var. 2; 53 StGB strafbar.

### Tatkomplex 2: Auf dem Parkplatz

#### I. §§ 249 Abs. 1, 22, 23 Abs. 1 StGB durch das Schubsen der D

Zudem könnte sich A wegen versuchten Raubes nach §§ 249 Abs. 1, 22, 23 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben, indem er D schubste, um das präparierte Nudelpaket aus der Tasche zu nehmen.

A konnte keinen neuen Gewahrsam am präparierten Nudelpaket begründen, weshalb der Raub nicht vollendet wurde. Der versuchte Raub ist nach §§ 249 Abs. 1, 23 Abs. 1 Var. 1, 12 Abs. 1 StGB strafbar.

Dazu müsste A unmittelbar zur Wegnahme einer fremden beweglichen Sache mit Gewalt oder unter Anwendung von Drohungen mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben in der Absicht, sie sich oder einem Dritten rechtswidrig zuzueignen, angesetzt haben.

#### 1. Tatentschluss

A wollte aus der Tasche der D das präparierte Nudelpaket, eine für ihn fremde bewegliche Sache, entnehmen und damit verschwinden. Dazu wollte er neuen Gewahrsam an dem Paket begründen und den der D, den diesen an der Kasse erlangt hat, brechen. Den Widerstand der D wollte er mithilfe des Stoßes beseitigen und so körperlichen Zwang auf sie ausüben. Daher beabsichtigte er mit Gewalt der D ihr präpariertes Nudelpaket samt seinem Inhalt wegzunehmen und sich diese zumindest vorübergehend anzueignen und den Eigentümer zu enteignen und hatte daher Zueignungsabsicht. Diese sollte auch nach seiner Vorstellung rechtswidrig sein. Mithin handelte A mit Tatentschluss.

#### 2. Unmittelbares Ansetzen

Indem er D zu Boden gestoßen hat, hat er Gewalt gegen ihren Körper verübt und damit subjektiv die Schwelle zum „Jetztgeht's-los“ überschritten. Es waren aus seiner Sicht keine wesentlichen Zwischenschritte mehr notwendig, sodass A unmittelbar zum Raub angesetzt hatte.

§ 274 StGB für subsidiär halten.

<sup>75</sup> *Beukelmann*, in: v. Heintschel-Heinegg (Fn. 2), § 263 Rn. 76, 78.

<sup>76</sup> BGHSt 16, 1 (6); *Welzel*, NJW 1962, 21; *Perron* (Fn. 67), § 263 Rn. 176.

<sup>77</sup> Zum Ganzen BGH BeckRS 2019, 30105 Rn. 7–12; a.A. beispielsweise *Heine/Schuster* (Fn. 10), § 274 Rn. 22, die

3. Rechtswidrigkeit

Darüber hinaus müsste A rechtswidrig gehandelt haben. Nach der Lehre vom Erfolgsunrecht indiziert die Tatbestandsmäßigkeit die Rechtswidrigkeit.<sup>78</sup> Sie entfällt nur, sofern A gerechtfertigt handelte.

a) Notwehr

Unmittelbar bevor A die D zu Boden gestoßen hat, hat diese mit ihrem Gehstock gegen sein Bein geschlagen. Daher könnte A in Notwehr (§ 32 StGB) gehandelt haben. Dies setzt u.a. voraus, dass A sich gegen einen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff verteidigt hat.

aa) Angriff

Infolge des Schlags gegen das Schienbein des A ist diesem ein Bluterguss entstanden, wodurch seine körperliche Integrität verletzt wurde. Mithin hat sie ihn angegriffen.

bb) Rechtswidrig

Ihr Angriff müsste zudem rechtswidrig sein. Dies ist er dann, wenn A das Verhalten der D nicht zu dulden braucht, da ihr eigenes Verhalten objektiv gegen die Rechtsordnung verstößt, indem sie beispielsweise selbst rechtswidrig einen Straftatbestand erfüllt. Sie könnte ihrerseits einer Körperverletzung gem. §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 2 Var. 2 StGB schuldig sein.

(1) Rechtswidrigkeitsbegründende Umstände

Indem D dem A mit ihrem Gehstock gegen das Bein schlug, hat sie ihn übel und unangemessen behandelt und dabei sein körperliches Wohlbefinden nicht nur unerheblich beeinträchtigt. Gleichzeitig hat sie einen pathologischen Zustand hervorgerufen. Folglich hat sie ihn körperlich misshandelt und an seiner Gesundheit geschädigt. Der Gehstock ist dabei abstrakt und nach der konkreten Art seiner Verwendung dazu geeignet, bei Schlägen erhebliche Verletzungen herbeizuführen, weshalb sie sogar ein gefährliches Werkzeug i.S.v. § 224 Abs. 1 Nr. 2 Var. 2 StGB verwendete. Dabei handelte sie vorsätzlich.

(2) Rechtswidrigkeit

Zudem müsste ihre Tat rechtswidrig sein. Sie könnte jedoch selbst durch Notwehr (§ 32 Abs. 2 Var. 1 StGB) gerechtfertigt sein.

(a) Notwehrlage

Dazu bedarf es einer Notwehrlage und damit eines gegenwärtigen und rechtswidrigen Angriffs. A wühlte gerade in der Tasche der D, um ihren Gewahrsam und ihren Besitz am präparierten Nudelpaket zu brechen und drohte damit gegen-

wärtig ihre rechtlich geschützten Güter zu verletzen. Mit dieser Handlung hat A rechtswidrig den Tatbestand eines versuchten Diebstahls verwirklicht, weshalb sich D in einer Notwehrlage befand.

(b) Notwehrhandlung

Gegen diesen Angriff könnte sich D verteidigt haben, indem sie A mit dem Stock einen Hieb verpasste. Ihr Schlag müsste dabei geeignet, erforderlich und geboten gewesen sein, um den Angriff des A zu beenden. Der Schlag mit dem Stock war dazu geeignet, um A zumindest vorübergehend daran zu hindern, ihren Gewahrsam und ihren Besitz an den Gegenständen in ihrer Tasche zu brechen. Zudem müsste sie auch das mildeste Mittel verwendet haben. Dabei muss sie sich jedoch nicht auf Unsicherheiten einlassen und kann ihre Handlung auch nach den Umständen des Einzelfalls, z.B. nach der Stärke des Angreifers, bestimmen.<sup>79</sup> D musste nicht erst versuchen, A durch einen Ausruf dazu zu bringen, von ihren Sachen abzulassen. Aufgrund der körperlichen Überlegenheit des A war sie sich gar nicht sicher, ob ihn dies letztlich abhalten würde. Daher war der Schlag mit dem Stock aus ihrer Sicht ex ante auch das mildeste Mittel, um A daran zu hindern, ihren Gewahrsam zu brechen. Damit war der Schlag erforderlich. Mangels sozialetischer Einschränkungen war er auch geboten.

(c) Subjektives Rechtfertigungselement

D hatte Kenntnis von der Notwehrlage und schlug A, um sich zu verteidigen.

(3) Zwischenergebnis

Damit handelte D in Notwehr (§ 32 Abs. 2 Var. 1 StGB) und war gerechtfertigt.

cc) Zwischenergebnis

Dementsprechend war ihr Angriff auf A nicht rechtswidrig, weshalb A sie nicht wegstoßen durfte und somit selbst nicht nach § 32 StGB gerechtfertigt war.

b) Zwischenergebnis

Folglich handelte A rechtswidrig.

4. Schuldhaftigkeit

Zudem ist die Schuld des A gegeben.

5. Kein Rücktritt

Sein Raubversuch ist mit dem Eingreifen der anderen Kunden fehlgeschlagen, weshalb er auch nicht vom Versuch zurückgetreten ist.

6. Ergebnis

Folglich ist A eines versuchten Raubes schuldig.

<sup>78</sup> Statt vieler *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 29), § 5 Rn. 188; *Paeffgen/Zavel*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* (Hrsg.), *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch*, Bd. 1, 5. Aufl. 2017, Vorb. zu § 32 ff. Rn. 15.

<sup>79</sup> Zur Erforderlichkeit des Mittels etwa BGH NStZ 1981, 138; BGH NStZ 2009, 626.

**II. § 252 StGB durch das Schubsen der D**

Zugleich könnte sich A wegen eines räuberischen Diebstahls nach § 252 StGB strafbar gemacht haben, indem er D zu Boden schubste.

*1. Tatbestandsmäßigkeit*

Dazu müsste A bei einem Diebstahl auf frischer Tat betroffen worden sein und gegen eine Person Gewalt verübt oder Drohungen mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben angewendet haben, um sich im Besitz des gestohlenen Gutes zu erhalten.

*a) Objektiver Tatbestand*

A hatte einen Diebstahl im Supermarkt begangen, indem er mit der Spielekonsole den Laden verließ. Diese Tat müsste frisch sein. Dies setzt einen zeitlich und räumlich engen Zusammenhang mit der Tat voraus.<sup>80</sup> Mit dem Gewahrsamsbruch durch das Verlassen des Kassensbereichs hat A den Diebstahl vollendet. Zeitlich dürfte der Diebstahl allerdings noch nicht beendet sein. Er ist beendet, wenn der Täter seinen neuen Gewahrsam festigen und sichern konnte.<sup>81</sup> A befand sich noch auf dem Parkplatz des S und damit im unmittelbaren Beherrschungsbereich des I, sodass er noch nicht gesicherten Gewahrsam von einer gewissen Festigkeit begründen konnte. Mithin handelt es sich um eine frische Tat, bei der ihn D auch wahrgenommen hatte. Dass sie nichts von dem Diebstahl an der Spielekonsole wusste, ist unerheblich. Zudem hat er die D zu Boden gestoßen und damit Gewalt gegen sie angewendet, aus Angst, festgehalten zu werden und den Besitz an der Spielekonsole zu verlieren.

*b) Subjektiver Tatbestand*

A handelte vorsätzlich und in der Absicht, sich im Besitz der gestohlenen Spielekonsole zu erhalten. Man könnte zwar erwägen, ob es hinderlich ist, dass A gleichzeitig auch Gewahrsam am Handy im Nudelpaket erlangen wollte. Allerdings ist die Bündelung von Interessen unschädlich, solange nur daneben die Absicht zur Beutesicherung besteht.<sup>82</sup>

*2. Rechtswidrigkeit und Schuld*

Seine Tat war rechtswidrig und schuldhaft.

*3. Ergebnis*

Folglich ist A eines räuberischen Diebstahls schuldig.

**III. § 223 Abs. 1 StGB durch das Schubsen der D**

Indem A die D stieß, sodass diese umknickte, hatte er sie körperlich verletzt und an ihrer Gesundheit geschädigt. Hierbei

<sup>80</sup> BGH NJW 1987, 2687; BGH NJW 1979, 726 (727); *Wessels/Hillenkamp/Schuhr* (Fn. 40), § 9 Rn. 397 m.w.N.

<sup>81</sup> BGHSt 8, 390 (391); 20, 194 (196); *Wessels/Hillenkamp/Schuhr* (Fn. 40), § 2 Rn. 131 f. m.w.N.

<sup>82</sup> BGHSt 13, 64 (65); 16, 1 (4); BGH NSTZ 2000, 530 (531); *Bosch*, in: Schönke/Schröder (Fn. 10), § 252 Rn. 7.

handelte A vorsätzlich, rechtswidrig und schuldhaft. Der nach § 230 Abs. 1 StGB erforderliche Strafantrag ist gestellt. Daher hat sich A einer Körperverletzung schuldig gemacht.

**IV. Konkurrenzen**

Hinter dem versuchten Raub tritt der versuchte Diebstahl des präparierten Nudelpakets zurück. Da A die D schubste, um einerseits das präparierte Nudelpaket zu erlangen und andererseits seinen Besitz an der Spielekonsole zu sichern, stehen der versuchte Raub und der räuberische Diebstahl in Tateinheit zueinander<sup>83</sup>. Andernfalls würde im Schuldspruch nicht hinreichend deutlich werden, dass A gegen D Gewalt anwendete, um sich eine Sache zuzueignen und um an einer anderen seinen Besitz zu sichern. In Tateinheit dazu steht die Körperverletzung.

Damit hat sich A auf dem Parkplatz nach §§ 252; 249 Abs. 1, 22, 23 Abs. 1; 223 Abs. 1; 52 StGB strafbar gemacht.

**Gesamtkonkurrenzen**

Der räuberische Diebstahl hinsichtlich der Spielekonsole geht dem Diebstahl im Supermarkt im Wege der Spezialität vor. Ansonsten stehen die Taten in Tatmehrheit zueinander, weshalb A im Ergebnis nach §§ 267 Abs. 1 Var. 2; 263 Abs. 1, 25 Abs. 1 Var. 2; §§ 252, 249 Abs. 1, 22, 23 Abs. 1, 223 Abs. 1, 52; 53 StGB strafbar ist.

<sup>83</sup> Vgl. *Sander*, in: Erb/Schäfer (Fn. 52), § 252 Rn. 20.