

## Von ungedeckten Konten, unbestellten Waren und unbesetzten Kassen

Von Wiss. Mit. Dr. Jens Bülte und Wiss. Mit. Raymond Becker, Heidelberg\*

**Betrug im Lastschriftverfahren – § 241 a BGB im Strafrecht – Diebstahl an der SB-Kasse – Fragen der Rechtfertigung**

*Der Fall wurde im WS 2010/2011 im Examensklausurenkurs der Juristischen Fakultät der Universität Heidelberg gestellt. Bei einer Durchfallquote von 32,8% erreichten 6,3% der Bearbeiter die Notenstufe »vollbefriedigend«. Der Durchschnitt lag bei 4,8 Punkten.*

### SACHVERHALT

T ist Unternehmer und betreibt einen Internetversandhandel für Bücher und Antiquitäten. Die Zahlungen seiner Kunden werden üblicherweise im sog. Lastschriftverfahren per Einzugs ermächtigung abgewickelt. Da die Geschäfte in letzter Zeit schleppend laufen, ersinnt T folgendes Geschäftsmodell: Er teilt seiner kontoführenden Bank (B-Bank) schriftlich mit, er habe von Kunden die Ermächtigung zum Einzug von Forderungen aus Kaufverträgen erhalten, und bittet um Durchführung der Lastschrift. Sein Kundenbetreuer bei der B-Bank (B) führt aufgrund der Anweisung des T die Lastschrift durch, ohne einen schriftlichen Nachweis über das Vorliegen der Einzugs ermächtigungen zu verlangen. T hatte zwar von seinen Kunden tatsächlich Einzugs ermächtigungen erhalten, jedoch waren diese nur zu dem Zweck erteilt worden, offene Kaufpreisforderungen einzuziehen. Die Forderungen, die T gegenüber dem B

angibt, bestehen tatsächlich nicht mehr, weil sie von den Kunden bereits beglichen worden sind. Im Vertrauen auf die Angaben des T führt B in zehn Fällen die Lastschriftaufträge durch, sodass T insgesamt 500 Euro von Kunden der C-Bank erlangt. Sein Kontoguthaben steigt dadurch auf 3.500 Euro.

Durch diesen Erfolg motiviert, sucht T in Supermärkten nach EC-Karten-Belegen, die Kunden nach Einkäufen dort weggeworfen haben. Die aus den Belegen ersichtlichen Namen und Daten verwendet er zur Durchführung von Einzugsverfahren in der oben beschriebenen Weise, wobei er B eine Liste mit ein tausend Namen und Kontodaten von Kunden der D-Bank übergibt. T behauptet, von diesen Personen jeweils eine Einzugs ermächtigung erhalten zu haben. T rechnet zwar damit, dass die betroffenen Personen Widerspruch gegen die Abbuchungen einlegen werden und dass sein Kontoguthaben bei der B-Bank zur Befriedigung eventueller Rücklastschriften nicht ausreichen wird. Er hofft aber dennoch darauf, dass die von ihm veranlassten Abbuchungen aufgrund der geringen Einzelbeträge vielfach unbeachtet bleiben. Um sein Vermögen vor dem Regress der B-Bank zu sichern, hat er vor dem Beginn dieses Geschehens sein Konto bis zur Kreditlinie überzogen,

\* Die Autoren sind wissenschaftliche Mitarbeiter bei Prof. Dr. Gerhard Dann-ecker am Institut für deutsches, europäisches und internationales Strafrecht und Strafprozessrecht der Universität Heidelberg.

sodass die nun erfolgenden Buchungen lediglich zur Tilgung des negativen Saldos führen sollten.

Die Kunden des T erheben alle innerhalb von sechs Wochen Widerspruch gegen die Abbuchung, und die B-Bank führt eine Rückbuchung durch, für die sie eigene Mittel verwenden muss, weil ein unmittelbarer Regress durch Umbuchung gegenüber T mangels Kontodeckung nicht möglich ist. Auch die eintausend Kunden der D-Bank legen Widerspruch ein, sodass die B-Bank insgesamt 5.000 Euro auf Konten bei der D-Bank zurückbuchten muss. Auch für diesen Regress muss die B-Bank eigene Mittel aufwenden, ohne T unmittelbar in Anspruch nehmen zu können.

Kurze Zeit später versendet T an mehrere Kunden aus seiner Kundenkartei Waren, die diese nicht bestellt haben. T hofft, dass die betroffenen Kunden die zugesendeten Waren dennoch kaufen würden. Auch Privatkunde K erhält ein Päckchen mit einem antiquarischen Buch. In einem Begleitschreiben dankt T für das in ihn gesetzte Vertrauen und unterbreitet K ein »besonderes« Kaufangebot. Auch ist darin vermerkt, dass K das Buch bei Nichtgefallen auf Kosten des T zurückschicken kann. Ferner liegt dem Buch eine antike Ansichtskarte bei, die K vor einiger Zeit bei T bestellt hatte. An die Bestellung dieser noch nicht bezahlten und unter Eigentumsvorbehalt gelieferten Ansichtskarte kann sich K aber nicht erinnern. K geht davon aus, dass er mit diesen Waren, die ihm unbestellt zugesandt wurden, nach Belieben verfahren dürfe, ohne dabei Ansprüchen des Versenders ausgesetzt zu sein. Die Ansichtskarte gefällt ihm nicht, daher zerreißt und entsorgt er sie. Das Buch bietet er F zum Kauf an, dem er erklärt, seine Großmutter habe es auf ihrem Dachboden gefunden und ihn beauftragt, es zu verkaufen. F glaubt dem K und zahlt ihm für das Buch einen Kaufpreis von 200 Euro.

Da T seiner Tochter zum Geburtstag ein Mobiltelefon schenken will, sucht er einen großen Elektronikmarkt auf. Mit einer Packung CD-Rohlinge, einem USB-Kabel und dem gewünschten Mobiltelefon im Einkaufskorb begibt er sich im Geschäft zum Kassenbereich. Dort nutzt er eine der neu eingerichteten Selbstbedienungskassen, bei der die Kunden die Waren selbst mit einem Handscangerät einscannen und sie anschließend unter Verwendung ihrer EC-Karte im Wege des Lastschriftverfahrens bezahlen. T scannt die CD-Rohlinge und das USB-Kabel an der Kasse ordnungsgemäß ein. Hinsichtlich des Mobiltelefons täuscht er jedoch den Scanvorgang lediglich vor, indem er den Scanner neben den Strichcode hält. Daraufhin schiebt er seine EC-Karte – für ein Konto bei der X-Bank, das über ein hinreichendes Guthaben verfügt – in das Kartenlesegerät, tippt seine Geheimzahl ein und bezahlt so die CD-Rohlinge und das USB-Kabel. Anschließend packt T die Sachen in eine Einkaufstüte und verlässt den Kassenbereich. Die Angestellte A, die die Selbstbedienungskassen beaufsichtigt und die Kunden bei der Kassenbedienung betreut, hatte T an der Kasse flüchtig beobachtet; ihr war an dem Verhalten des T aber nichts Ungewöhnliches aufgefallen. Auch D, der Detektiv des Marktes, verfolgte via Kamera das Geschehen an den Scannern, hatte aber ebenfalls das Handeln des T nicht durchschaut. Er entschließt sich dennoch zu einer verdachtsunabhängigen Routinekontrolle. Kurz vor dem Ausgang packt er T von hinten am Arm und hält ihn fest, um ihn am Verlassen des Geschäftes zu hindern und zu kontrollieren. D glaubt, als Detektiv zu einem solchen Handeln befugt zu sein. T, der D bereits hinter sich bemerkt hatte, versetzt diesem einen kräftigen Schlag in die Magengegend und flieht.

**Wie haben sich T, K und D nach dem Strafgesetzbuch**

**strafbar gemacht? Gegebenenfalls erforderliche Strafanträge sind wirksam gestellt.**

**Bearbeitervermerk:** Das Lastschriftverfahren funktioniert aufgrund einer Vereinbarung zwischen verschiedenen Bankenverbänden (Abkommen über den Lastschriftverkehr vom 1. 2. 2002<sup>1</sup>) wie folgt: Derjenige, dem die Einzugsermächtigung erteilt worden ist (Gläubiger), wendet sich an seine kontoführende Bank (sog. erste Inkassostelle). Dieser teilt er mit, dass er zum Einzug eines bestimmten Geldbetrages einmalig oder in bestimmten zeitlichen Abständen durch den Kontoinhaber eines Kontos (Schuldner) bei derselben oder einer anderen Bank (Zahlstelle) ermächtigt wurde. Die erste Inkassostelle nimmt nun über ein Computersystem Kontakt zu der Zahlstelle auf. Über das Computersystem wird mitgeteilt, dass die Abbuchung von der Zahlstelle auf das Konto bei der ersten Inkassostelle erfolgen soll. Die Anweisung der ersten Inkassostelle wird von der Zahlstelle nicht auf ihre inhaltliche Richtigkeit oder ihre Berechtigung hin überprüft.

Die Vorlage einer Urkunde über die Einzugsermächtigung verlangt das Abkommen über den Lastschriftverkehr in Fällen wie dem vorliegenden vom Gläubiger nicht. In jedem Fall ist jedoch ein Rückruf der Lastschrift per Einzugsermächtigung möglich. Bei Rückruf und bei Verletzung ihrer abkommensspezifischen Pflichten haftet die erste Inkassostelle, wenn eine Rückbuchung vom Konto des Gläubigers mangels Deckung nicht möglich ist (Nr. 5 des Abkommens).

## Gutachten

### 1. Tatkomplex: Das Verwenden der Kontodaten der Kunden – Strafbarkeit des T

#### I. Betrug gemäß § 263 I StGB<sup>2</sup> zum Nachteil der Kunden durch Erteilung des Lastschriftauftrages gegenüber B

Durch die Beauftragung des Lastschrifteinzugs bei dem Mitarbeiter der B-Bank könnte sich T wegen Betruges zum Nachteil seiner Kunden strafbar gemacht haben<sup>3</sup>.

#### 1. Objektiver Tatbestand

##### a) Täuschung und Irrtum

Zunächst erfordert die Erfüllung des Tatbestandes des § 263 I eine *Täuschung über Tatsachen*, also eine Einwirkung auf die Vorstellungswelt eines anderen, um bei diesem eine Fehlvorstellung über Tatsachen (*Irrtum*) herbeizuführen<sup>4</sup>. *Tatsachen* sind Umstände oder Vorgänge der Vergangenheit oder Gegenwart, die dem Beweis zugänglich sind<sup>5</sup>.

Da T gegenüber B unrichtige Angaben über die Reichweite der Einzugsermächtigungen machte, *täuschte* er über das Vorliegen einer Einzugsermächtigung<sup>6</sup>. B befand sich auch in einem entsprechenden *Irrtum* und gab aufgrund dieser Fehlvorstellung den Einzugsauftrag an die C-Bank weiter<sup>7</sup>.

Die Annahme eines *Tatsachenirrtums* ist in solchen Fällen bezweifelt worden, weil der Bankmitarbeiter, der den Einzugsauftrag annimmt, lediglich eine Prüfung der formellen Mindestvoraussetzungen des Lastschriftauftrags vornehme, sich aber

1 Abgedruckt bei *Baumbach/Hopt* HGB, 2. Teil. V. (10).

2 §§ ohne Gesetzesangabe sind solche des StGB.

3 Ausführliche Beschreibungen der Funktionsweise des Lastschriftverfahrens im strafrechtlichen Kontext finden sich bei *Fahl* JURA 2006, 733 ff.; *Hadamitzky/Richter* wistra 2005, 441 ff. und *Soyka* NSTZ 2004, 538 ff.

4 H. M.: BGHSt 18, 235, 237; *Küper* BT, S. 287 ff.; *Lackner/Kühl* StGB, § 263 Rdn. 6; *Otto* BT, § 51 Rdn. 14; *Wessels/Hillenkamp* BT II, Rdn. 493; auf eine subjektive Komponente verzichtend *Fischer* StGB, § 263 Rdn. 4; *NK/Kindhäuser* StGB, § 263 Rdn. 58.

5 Vgl. *Fischer* StGB, § 263 Rdn. 6 m. w. N.

6 Vgl. auch *Schönke/Schröder/Cramer/Perron* StGB, § 263 Rdn. 30.

7 Vgl. hierzu OLG Hamm JZ 1977, 610, 612; LG Oldenburg NJW 1980, 1176 f.

keine Vorstellung über die materiellen Voraussetzungen des Einzugs bilde, sodass er sich insofern nicht irren könne<sup>8</sup>.

Dieser Einwand überzeugt indes nicht, weil B zumindest das sachgedankliche Mitbewusstsein hat, dass der Lastschriftauftrag »in Ordnung« ist, und davon ausgeht, dass die Angaben des T der Wahrheit entsprechen. Darin liegt nicht nur ein für den Betrug irrelevantes allgemeines Gefühl, es sei »alles in Ordnung«<sup>9</sup>, sondern eine Fehlvorstellung, die sich auf einen konkreten Umstand bezieht und damit einen Irrtum über Tatsachen darstellt<sup>10</sup>.

Wird von der h. M. auch bei unrichtigen Angaben im Antrag zum gerichtlichen *Mahnverfahren* ein Irrtum abgelehnt, weil der Rechtspfleger dort nur eine Prüfung der Formalien vornimmt, so spricht dies in casu nicht gegen einen Irrtum. Die Prüfung im Mahnverfahren beschränkt sich nämlich von Gesetzes wegen auf die Formalien<sup>11</sup>, sodass der Rechtspfleger sich *de iure* keine Vorstellungen über die materiellen Anspruchsvoraussetzungen zu bilden hat. Der Bankmitarbeiter unterstellt dagegen regelmäßig die Angaben des Kunden als wahr und vertraut darauf, dass sie richtig sind, also insbesondere darauf, dass die Einzugsermächtigung auch tatsächlich in der behaupteten Weise erteilt wurde<sup>12</sup>.

Der Annahme eines Irrtums kann auch nicht die Kenntnis des Bankmitarbeiters von der Widerrufsmöglichkeit entgegengehalten werden<sup>13</sup>. Dieser Einwand betrifft nicht den Irrtum selbst, sondern nur seine Kausalität für die Vermögensverfügung.

B irrte somit über die Tatsache der Erteilung von Einzugsermächtigungen.

#### b) Vermögensverfügung

Weiter setzt der Betrugstatbestand eine *Vermögensverfügung* voraus, also ein Handeln, Dulden oder Unterlassen, das sich unmittelbar vermögensmindernd auswirkt<sup>14</sup>.

Eine solche Vermögensverfügung könnte in der Weitergabe des Auftrages durch B an die C-Bank liegen, wodurch sich das Kontoguthaben der Kunden verringert und diese die Rechtsposition verloren, einen Anspruch auf Auszahlung des jeweiligen Betrages aus einem abstrakten Schuldversprechen der C-Bank (Kontostand)<sup>15</sup> ohne Weiteres geltend machen zu können.

Jedoch stellt sich die Frage, ob es sich bei dieser Mitteilung von Seiten der B-Bank an die C-Bank um eine gemäß § 263 I tatbestandliche *Vermögensverfügung* handelte. Ausgehend von einem Betrug zum Nachteil der Kunden könnte es sich um einen sog. *Dreiecksbetrug* handeln. In dieser Betrugskonstellation sind der Verfügende und der Geschädigte nicht identisch. Voraussetzung für die Erfüllung des Betrugstatbestandes ist jedoch, dass die Vermögensverfügung dem Geschädigten zuzurechnen ist<sup>16</sup>.

Dies setzt nach der Rechtsprechung<sup>17</sup> – die Literatur<sup>18</sup> stellt zum Teil deutlich strengere Anforderungen – voraus, dass zwischen Verfügendem und Geschädigtem ein *besonderes Näheverhältnis* gegeben ist, das durch ein Handeln des Verfügenden im Interesse des Vermögensinhabers geprägt ist, und der Verfügende daher eine Schutz- und Prüfungsfunktion aufgrund Vereinbarung oder gesetzlicher Stellung wahrnimmt. Die h. L. verlangt insofern, dass der Verfügende »im Lager des Geschädigten« steht<sup>19</sup>.

B als Mitarbeiter der B-Bank handelte ausschließlich in Erfüllung solcher Pflichten, die die B-Bank gegenüber ihrem Kunden – dem T – trafen, mit dem die Bank eine Vertragsbeziehung unterhielt<sup>20</sup>. Daher scheidet eine tatbestandliche *Vermögens-*

*verfügung* seitens B bereits mangels Näheverhältnis oder Lagerbeziehung zu den Kunden des T aus.

## 2. Ergebnis

T hat sich nicht wegen Betruges gemäß § 263 I zum Nachteil seiner Kunden strafbar gemacht.

## II. Betrug in mittelbarer Täterschaft gemäß §§ 263 I, 25 I 2. Alt. zum Nachteil der Kunden

Dadurch, dass T gegenüber B unrichtige Angaben über die Einzugsermächtigung machte und daraufhin die Buchungen von den Konten seiner Kunden durch die C-Bank durchgeführt wurden, könnte er sich gemäß §§ 263 I, 25 I 2. Alt. zum Nachteil seiner Kunden strafbar gemacht haben.

### 1. Tatbestand

Wenn auch eine Täuschung des B durch T nicht ausreichend ist, um den Betrugstatbestand zu erfüllen, kommt doch eine Täuschung eines Mitarbeiters der C-Bank durch T dahingehend in Betracht, dass dieser sich B als Werkzeug für diese Täuschung bediente.

Die *Täuschung* setzt jedoch voraus, dass der Mitarbeiters der C-Bank sich eine Vorstellung darüber gebildet hat, dass der Anweisung zur Durchführung der Lastschriftanweisung eine tatsächlich erteilte Einzugsermächtigung zugrunde liegt. Da jedoch eine Prüfung der Voraussetzungen der Einzugsermächtigung von dem Mitarbeiter der Zahlstelle nicht vorgenommen wird und auch nicht vorgenommen werden kann, scheidet ein Irrtum aus<sup>21</sup>.

### 2. Ergebnis

T hat sich nicht wegen Betruges in mittelbarer Täterschaft gemäß §§ 263 I, 25 I 2. Alt. zum Nachteil seiner Kunden strafbar gemacht.

<sup>8</sup> Soyka NSTZ 2004, 538, 540.

<sup>9</sup> Vgl. hierzu OLG Hamburg NJW 1983, 768, 769; MüKo/Hefendehl StGB, § 263 Rdn. 210 m. w. N.

<sup>10</sup> I. E. ebenso BGH NSTZ 2005, 634, 635.

<sup>11</sup> Vgl. hierzu Krey/Hellmann BT II, Rdn. 423 a; LK/Tiedemann StGB, § 263 Rdn. 90.

<sup>12</sup> Vgl. Hadamitzky/Richter wistra 2005, 441, 444.

<sup>13</sup> So aber Soyka NSTZ 2004, 538, 540; ders. NSTZ 2005, 637, 638.

<sup>14</sup> BGHSt 14, 170, 171; Fischer StGB, § 263 Rdn. 70; Lackner/Kühl StGB, § 263 Rdn. 22; LK/Tiedemann StGB, § 263 Rdn. 97; Wessels/Hillenkamp BT II, Rdn. 515; zu den drei Unmittelbarkeitsprinzipien im Betrug Christian Jäger JuS 2010, 761 ff.

<sup>15</sup> Vgl. hierzu Soyka NSTZ 2004, 538, 540.

<sup>16</sup> Fischer StGB, § 263 Rdn. 19.

<sup>17</sup> Vgl. nur BGHSt 18, 221, 223 f.; BGH NSTZ 1997, 32, 33; BayObLG GA 1964, 82 f.; auch NK/Kindhäuser StGB, § 263 Rdn. 220.

<sup>18</sup> Vgl. etwa MüKo/Hefendehl StGB, § 263 Rdn. 286; Krey/Hellmann BT II, Rdn. 417; Küper BT, S. 406 f.

<sup>19</sup> So etwa Schönke/Schröder/Cramer/Perron StGB, § 263 Rdn. 66; Geiger JuS 1992, 834, 835; Gribbohm JuS 1964, 233, 236; Hauf JA 1995, 458, 461; Rengier JZ 1985, 565; LK/Tiedemann StGB, § 263 Rdn. 116; vgl. ferner OLG Köln MDR 1966, 253 f.; OLG Celle NJW 1994, 142 f.

<sup>20</sup> Vgl. auch Soyka NSTZ 2004, 538, 541.

<sup>21</sup> Vgl. Soyka NSTZ 2004, 538, 539 f.; vgl. aber OLG Hamm NJW 1977, 1834 ff.; LG Oldenburg NJW 1980, 1176, 1177 zum Zahlungsverkehr mit Papierbelegen.

### III. Betrug durch Unterlassen gemäß §§ 263 I, 13 I zum Nachteil der Kunden

Dadurch, dass T die Daten der Kunden zweckentfremdete, um auf ihrer Grundlage Lastschriftenanweisungen an die B-Bank zu erteilen, könnte er sich gemäß §§ 263 I, 13 I zum Nachteil seiner Kunden strafbar gemacht haben.

#### 1. Tatbestand

Als Täuschungshandlung kommt hier nur ein Unterlassen in Betracht, weil zum einen das Handeln des T zu dem Zeitpunkt, als er die Kundendaten zur Vertragsabwicklung einforderte, noch nicht auf eine Irrtumserregung gerichtet war, also keine Täuschung durch aktives Tun darstellte. Zum anderen stellt das reine Zweckentfremden der Daten keine Einwirkung auf die Vorstellungswelt eines anderen, sondern lediglich eine Veränderung der Sachlage dar, die ebenfalls keinen Täuschungscharakter hat<sup>22</sup>.

Eine Täuschung kann jedoch in der unterlassenen Aufklärung über die Zweckentfremdung der Daten durch T liegen. Das Unterlassen kann nur dann tatbestandlich relevantes Täuschen sein, wenn *T rechtlich verpflichtet* war, die Kunden über die von ihm vorgenommene Datenverwendung aufzuklären, um sie vor einem (Vermögens-)Schaden durch die Datenverwendung zu bewahren, ihn also insofern eine Garantenpflicht traf.

Dies setzt zunächst eine *Garantenstellung* voraus, die sich hier aus dem Vertragsverhältnis und der mit diesem einhergehenden Vertrauensbeziehung zwischen T und seinen Kunden ergeben könnte. Zwar begründet nicht jede Vertragsbeziehung eine Garantenstellung<sup>23</sup>, bei Vorliegen eines spezifischen Vertrauensverhältnisses kann jedoch eine solche Abwendungs-pflicht entstehen<sup>24</sup>. Dies ist insbesondere der Fall, wenn ein Partner dem anderen ein besonderes, über die Eingehung des Vertrages hinausgehendes Vertrauen entgegenbringt, dessen Verletzung zu Schäden am Vermögen des Vertrauenden führen kann<sup>25</sup>.

Hier kann sich die Garantenstellung daraus ergeben, dass die Kunden des T diesem ihre Kontodaten mit der Maßgabe offenbart haben, die Informationen ausschließlich zur Geschäftsabwicklung zu verwenden, sodass eine Pflicht des T angenommen werden kann, dafür Sorge zu tragen, dass die ihm anvertrauten Daten nicht missbraucht werden. Eine entsprechende Einstandspflicht stützt sich also darauf, dass T die sensiblen Kontodaten »in Obhut genommen« hat. Die Kunden haben T damit eine Zugriffsmöglichkeit auf ihr Vermögen geboten, weil sie darauf vertrauten, dass er diese zur erleichterten Abwicklung des Vertrages nutzen werde. Eine Garantenstellung des T, die auch zu einer konkreten Pflicht zur Aufklärung über die Zweckentfremdung führt, liegt demnach vor.

Nach § 13 I a. E. kann ein Unterlassen nur dann einen Straftatbestand erfüllen, wenn es der Verwirklichung des gesetzlichen Tatbestandes durch ein Tun entspricht. Dies ist bei »erfolgsgebundenen Tätigkeitsdelikten, die durch eine gesetzliche Beschreibung der Tatmodalitäten charakterisiert«<sup>26</sup> sind, nur dann der Fall, wenn das Unterlassen denselben sozialen Sinngehalt aufweist wie das im Tatbestand beschriebene aktive Tun. Bei der Verletzung von Aufklärungspflichten wird eine solche Vergleichbarkeit von unterlassener Mitteilung und Täuschung durch aktives Tun jedoch allgemein angenommen<sup>27</sup>. Eine Täuschung des T gegenüber seinen Kunden durch Unterlassen kann daher bejaht werden.

Fraglos haben es die Kunden aufgrund des Irrtums über den

drohenden *Missbrauch* ihrer *Kontodaten* unterlassen, Maßnahmen gegen den Bankeinzug zu ergreifen und so eine Vermögensminderung nicht verhindert. Darin kann eine Vermögensverfügung durch Unterlassen gesehen werden<sup>28</sup>.

Jedoch ist zweifelhaft, ob dieses Unterlassen *unmittelbar* die *Vermögensminderung* der Kunden zur Folge hatte. Die Unmittelbarkeit der Verfügung ist dann gegeben, wenn diese quasi automatisch, ohne weiteres deliktisches Handeln des Täters, zur Minderung des Vermögens führt<sup>29</sup>. Dies ist insbesondere dann nicht der Fall, wenn die Handlung das Vermögen lediglich dem Zugriff des Täters preisgibt<sup>30</sup>.

Da hier das Unterlassen der Kunden zwar die Durchführung der Lastschriften erst ermöglichte, jedoch das Fehlen der Schutzmaßnahmen allein noch nicht zu den Schäden führte, ist keine unmittelbar wirksame Vermögensverfügung anzunehmen. Die Vermögensminderungen entstanden erst, als T gegenüber seiner B-Bank unrichtige Angaben über das Vorliegen der Einzugsermächtigungen machte<sup>31</sup>.

Daher scheidet eine Tatbegehung durch Täuschung gegenüber den Kunden aus, weil es insoweit an einer unmittelbaren Vermögensminderung durch eine Vermögensverfügung der Kunden fehlt.

#### 2. Ergebnis

T hat sich nicht wegen Betruges durch Unterlassen gemäß §§ 263 I, 13 I strafbar gemacht.

### IV. Betrug gemäß § 263 I zum Nachteil der B-Bank

Durch die Beauftragung der B-Bank, den Einzug von den Konten der Kunden durchzuführen, könnte T wegen Betruges zum Nachteil der B-Bank, die gegenüber den Kunden der C-Bank regresspflichtig wurde, strafbar sein.

#### 1. Objektiver Tatbestand

##### a) Täuschung und Irrtum

T hat B, der den Lastschriftauftrag umsetzte, *getäuscht* und bei ihm einen Irrtum über das Vorliegen der Einzugsermächtigung hervorgerufen.

Damit entstand bei B auch ein Irrtum darüber, dass es mangels Bestehens der Forderung höchstwahrscheinlich zu einem Widerspruch des angeblichen Schuldners und zu einer Regresspflicht der B-Bank kommen würde<sup>32</sup>. Es lag mithin in dem

22 Vgl. Fischer StGB, § 263 Rdn. 15.

23 BGHSt 47, 224, 229; Schönke/Schröder/Stree/Bosch StGB, § 13 Rdn. 28 m. w. N.; LK/Weigend StGB, § 13 Rdn. 41; vgl. jedoch BGHSt 5, 187 ff.; 6, 198 f.; OLG Hamm NJW 1987, 2245.

24 Vgl. NK/Kindhäuser StGB, § 263 Rdn. 163.

25 Vgl. BGH NJW 2000, 3013, 3014.

26 Lackner/Kühl StGB, § 13 Rdn. 16.

27 H. M.: NK/Kindhäuser StGB, § 263 Rdn. 166; Lackner/Kühl StGB, § 263 Rdn. 15; Maaß GA 1984, 264 ff.; a. A.: Herzberg Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip, 1972, S. 70 ff.; Jakobs AT, 29/80.

28 Vgl. zur Verfügung durch Unterlassen NK/Kindhäuser StGB, § 263 Rdn. 312.

29 Vgl. BGHSt 50, 174, 178.

30 Vgl. OLG Celle NJW 1975, 2218, 2219; OLG Düsseldorf NJW 1974, 1833, 1834; OLG Hamm wistra 1982, 152, 153; OLG Saarbrücken NJW 1968, 262; vgl. ferner Graf/Jäger/Wittig/Dannecker Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, § 263 Rdn. 72.

31 Vgl. in diesem Zusammenhang insbesondere BGHR StGB § 263 Abs. 1 Vermögensverfügung 2.

32 Zum Irrtum bei Durchführung des Bankeinzugs per Online-Banking AG Gera NStZ-RR 2005, 213, 214.

*Irrtum* über das Bestehen der Einzugsermächtigung ein Irrtum über die Schadensfolgen des Einzugs vor<sup>33</sup>. Das Wissen um die Möglichkeit der Rückgabe der Lastschrift beseitigt diesen Irrtum nicht, weil B darüber irrte, dass die Lastschrift mangels Erteilung der Ermächtigung durch den Kunden der C-Bank mit sehr hoher Wahrscheinlichkeit zurückgerufen werden würde.

#### b) Vermögensverfügung und Vermögensschaden

Aufgrund dieses Irrtums müsste eine *Vermögensverfügung* vorgenommen worden sein, die hier in der Buchungsanweisung an die C-Bank liegen könnte. Hier stellen sich sowohl die *unmittelbare* Minderung des Vermögens der B-Bank durch die Buchung als auch – davon nicht sinnvoll trennbar – der *Vermögensschaden* als problematisch dar<sup>34</sup>. Vorliegend wird durch die Buchungsvorgänge keine Veränderung des Vermögens der B-Bank verursacht. Die Vorgänge wirken sich zunächst nur auf das Vermögen der Kunden des T aus, deren Kontoguthaben bei der C-Bank durch die Durchführung des Einzugs gemindert werden. Der BGH hat in einem vergleichbaren Fall dennoch eine unmittelbare Vermögensverfügung und einen Vermögensschaden angenommen, ohne dies jedoch näher zu begründen<sup>35</sup>. Das Landgericht Oldenburg<sup>36</sup> hatte insofern eine *schadensgleiche Vermögensgefährdung* bejaht, weil der Täter, der sich in extremer finanzieller Bedrängnis befand, die Verfügungsbefugnis erhalten und die gutgeschriebenen Beträge abgehoben hatte.

Der Annahme eines Schadens ist entgegengehalten worden, dass der Täter aufgrund der Vorläufigkeit der Buchung noch keine Verfügungsgewalt über die Beträge erlangt habe<sup>37</sup> und daher keine hinreichend konkrete Gefährdung des Vermögens der Bank eingetreten sei. Wenn die Bank dem Täter dennoch die Verfügung gestatte, sei dieses Fehlverhalten nicht im Rahmen der Schadensbemessung zu berücksichtigen.

Diese Argumentation überzeugt jedoch insofern nicht, als der Täter die gutgeschriebenen Beträge ohne weitere Hindernisse abheben kann. Zudem dürfte es für die Annahme eines Vermögensschadens kaum darauf ankommen, ob die Bank die theoretische Möglichkeit zur Abwendung der endgültigen Schadensperpetuierung hat, sondern vielmehr darauf, ob der Täter in der konkreten Situation die Verfügungsmacht über einen Vermögensgegenstand erhält, ohne dass der gewährenden Bank noch hinreichende Sicherheiten zur Verfügung stehen.

Gewährt die Bank aufgrund des Vertrauens in die Lastschrift eine Gutschrift und erlangt der Täter diesbezüglich die Verfügungsmacht, so ist das Vermögen der Bank durch die ungehinderte Zugriffsmöglichkeit des Täters wirtschaftlich gemindert, soweit die Gutschrift nicht durch Verrechnung mit weiteren Forderungen, die der Täter gegen die Bank hat, aufgefangen werden kann. Diese Situation stellt einen *Gefährdungsschaden* dar, der vorliegt, wenn zwar noch kein Verlust eines Vermögensgegenstandes eingetreten ist, die Situation jedoch bereits zu einer wirtschaftlichen Verringerung des Gesamtvermögens geführt hat, weil die Gefahr des Vermögensverlusts sehr nahe liegt<sup>38</sup>.

Der Gefährdungsschaden scheidet jedoch solange noch aus, wie das Konto des Gläubigers auch nach der Verfügung über die Gutschrift hinreichende Deckung aufweisen würde, sodass die Inkassostelle aufgrund der Möglichkeit zur Korrektur des Kontostandes durch interne Buchungen noch keine Vermögensminderung erleidet.

Vorliegend hat T durch die Einzugsermächtigung eine kontentechnische Besserstellung in Höhe von 500 Euro erlangt.

Selbst wenn er über diesen Betrag verfügt hätte, wäre sein Konto noch immer hinreichend gedeckt gewesen, sodass im Regressfall ein Schaden durch interne Umbuchung hätte verhindert werden können. Daher fehlt es an einem Vermögensschaden bei der B-Bank.

## 2. Ergebnis

T hat sich nicht wegen Betruges zum Nachteil der B-Bank strafbar gemacht.

## V. Computerbetrug gemäß § 263 a I zum Nachteil der Kunden

Dadurch, dass T die Kundendaten an die B-Bank weitergab und damit den Einzug erreichte, könnte er sich gemäß § 263 a I strafbar gemacht haben.

### 1. Objektiver Tatbestand

Vorliegend kommt als Tatbestandsvariante des § 263 a I das *unbefugte Verwenden von Daten* nach Nr. 3 in Betracht. Jedoch verlangt diese Tathandlung nach h. M.<sup>39</sup>, die eine *betrugspezifische Auslegung* vornimmt, dass die Verwendung der Daten Täuschungscharakter hätte, wenn sie gegenüber einer natürlichen Person angegeben worden wären. In casu liegt die Täuschung einer Person jedoch tatsächlich vor. Daher liegt der Schwerpunkt der Tathandlung nicht im Bereich der Datenverarbeitung, sondern in der Täuschung im persönlichen Kontakt. Der Schutzbereich des § 263 a ist damit nicht betroffen<sup>40</sup>.

### 2. Ergebnis

T hat sich nicht aus § 263 a I strafbar gemacht.

## VI. Untreue gemäß § 266 I zum Nachteil der Kunden

Dadurch, dass T die Kundendaten zum Lastschrifteinzug missbrauchte, könnte er sich wegen Untreue strafbar gemacht haben.

### 1. Objektiver Tatbestand

Täter einer Untreue kann nach h. M.<sup>41</sup> nur derjenige sein, den gegenüber dem Geschädigten eine *Vermögensbetreuungspflicht* trifft. Nimmt man eine Schädigung der Kunden des T an, so müsste T also gegenüber seinen Kunden vermögensbetreuungspflichtig sein. Dies setzt jedoch voraus, dass der Pflichtige im Rahmen seiner Hauptpflichten gegenüber dem Vermögensinhaber Vermögensinteressen von einigem Gewicht zu wahren hat; es muss sich um die wesentliche Pflicht in dem Verhältnis zum Vermögensinhaber handeln. Das Verhältnis des T zu seinen Kunden war eine Geschäftsbeziehung, die im Kern auf die Abwicklung von Kaufverträgen gerichtet war und bei

33 Vgl. BGH NStZ 2005, 634, 635 f.; ferner OLG Hamm NJW 1977, 1834, 1836; a. A. Soyka NStZ 2005, 637, 638.

34 Vgl. auch Fahl JURA 2006, 733, 735.

35 BGH NStZ 2005, 634, 636.

36 LG Oldenburg NJW 1980, 1176, 1177.

37 Soyka NStZ 2004, 538, 540; vgl. auch Fahl JURA 2006, 733, 735.

38 Vgl. BVerfG NStZ 2010, 70, 72 f.; BGHSt 53, 199, 204; ferner Graf/Jäger/Wittig/Dannecker Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, § 263 Rdn. 92 ff.; vgl. ferner BVerfG, Beschl. v. 7. 12. 2011 – 2 BvR 2500/09 u. a. Rdn. 174 ff.

39 Fischer StGB, § 263 a Rdn. 11 m. w. N.

40 Vgl. Soyka NStZ 2004, 538, 541 f.; ferner Schönke/Schröder/Cramer/Perron StGB, § 263 a Rdn. 1, 41 ff.

41 Vgl. Fischer StGB, § 266 Rdn. 21 ff.

der die Wahrnehmung von Vermögensinteressen des jeweilig anderen allenfalls völlig untergeordneten Charakter hatte<sup>42</sup>. Daher war T seinen Kunden gegenüber nicht vermögensbetreuungspflichtig.

## 2. Ergebnis

T hat sich nicht wegen Untreue gemäß § 266 I strafbar gemacht.

## VII. Ergebnis zum 1. Tatkomplex

T hat sich durch die Durchführung der Lastschriftverfahren zum Nachteil seiner Kunden nicht strafbar gemacht.

## 2. Tatkomplex: Das Verwenden der Kontodaten auf den EC-Karten-Belegen – Strafbarkeit des T

### I. Betrug gemäß § 263 I zum Nachteil der Kunden der D-Bank

Ein Betrug zum Nachteil der Kunden der D-Bank scheidet aus. Es fehlt sowohl an einer Täuschung der Kunden selbst als auch an einer diesen zurechenbaren *Vermögensverfügung* eines Mitarbeiters der B-Bank.

Auch ein Betrug in mittelbarer Täterschaft zum Nachteil der Kunden der D-Bank ist nicht gegeben, da auf Seiten der D-Bank kein Mitarbeiter getäuscht wurde. Nur B wurde getäuscht.

### II. Betrug gemäß § 263 I zum Nachteil der B-Bank durch die Verwendung der Belegdaten

#### 1. Objektiver Tatbestand

Ebenso wie hinsichtlich der Verwendung der Kundendaten wurde B durch T über die Berechtigung zum Einzug und damit auch über das Widerspruchs- und Regressrisiko getäuscht. B wurde in einen *Irrtum* versetzt und nahm deshalb durch die Ausführung der Lastschrift eine Vermögensverfügung vor.

Anders als in der oben dargestellten Konstellation ist jedoch hier aufgrund der fehlenden Deckung des Kontos des T ein *Vermögensschaden* zum Nachteil der B-Bank eingetreten. Durch die Buchung auf das Konto des T, die die Begründung einer Verfügungsmacht des T zur Folge hatte, und das mit der Lastschrift eintretende erhebliche Risiko des Widerspruchs durch die Kunden der C-Bank, ohne Möglichkeit zur Verrechnung durch interne Buchungen, trat ein *Gefährdungsschaden* bei der B-Bank in Höhe von 5.000 Euro ein<sup>43</sup>.

Der objektive Tatbestand des Betruges ist erfüllt.

#### 2. Subjektiver Tatbestand

T handelte vorsätzlich im Hinblick auf die Täuschung, den erregten Irrtum und die Vermögensverfügung. Im Hinblick auf den Vermögensschaden war er zwar nicht sicher, ob die Kunden der D-Bank Widerspruch gegen die Einziehungen erheben würden, aber er rechnete damit und hoffte lediglich auf ein Ausbleiben des Schadens; er handelte insofern mit *dolus eventualis*<sup>44</sup>.

T handelte auch mit der erforderlichen *Absicht, sich rechtswidrig zu bereichern*. Den beabsichtigten Vermögenszufluss wollte er dadurch erreichen, dass er Gutschriften auf sein Konto erhielt, auf die er – wie er wusste – keinen Anspruch hatte und deren Kehrseite der Vermögensschaden bei der B-Bank darstellte. Insofern sind Vermögensschaden und beabsichtigte Bereicherung auch stoffgleich.

## 3. Rechtswidrigkeit und Schuld

T handelte rechtswidrig und schuldhaft.

## 4. Strafzumessungsregel

Die Strafzumessungsregeln des § 263 III 2 Nr. 2 sind nicht anwendbar, weil es sich bei der Geschädigten um die B-Bank und nicht um eine *große Zahl von Menschen* handelte und der Schaden zudem mit 5.000 Euro keinen *Vermögensverlust großen Ausmaßes* darstellte<sup>45</sup>.

## 5. Ergebnis

T hat sich wegen eines Betruges zum Nachteil der B-Bank strafbar gemacht.

## IV. Ergebnis zum 2. Tatkomplex

T hat sich wegen Betruges gemäß § 263 I strafbar gemacht.

## 3. Tatkomplex: Bestellte und unbestellte Waren – Strafbarkeit des K

### I. Sachbeschädigung gemäß § 303 I

K könnte sich dadurch, dass er die Ansichtskarte zerrissen hat, wegen Sachbeschädigung gemäß § 303 I strafbar gemacht haben.

#### 1. Objektiver Tatbestand

K müsste eine *fremde Sache beschädigt* oder *zerstört* haben. T lieferte die Ansichtskarte unter *Eigentumsvorbehalt* (§ 449 I BGB), sodass das Eigentum erst mit der vollständigen Kaufpreiszahlung auf K übergehen sollte (§§ 929 S. 2, 158 I BGB). Da K die Ansichtskarte noch nicht bezahlt hatte, war T nach wie vor deren Eigentümer und die Karte daher eine für K fremde Sache. K zerriss die Ansichtskarte und zerstörte sie somit. Der objektive Tatbestand des § 303 I ist erfüllt.

#### 2. Subjektiver Tatbestand

Der subjektive Tatbestand verlangt *Vorsatz* hinsichtlich der objektiven Tatbestandsmerkmale. K ging davon aus, dass T als Unternehmer ihm als Verbraucher die Ansichtskarte *unbestellt zugesandt* hat. K stellte sich somit irrtümlich eine Situation vor, bei deren Vorliegen die Regelung des § 241 a BGB eingreifen und ihn vor zivilrechtlichen Ansprüchen des Versenders schützen würde<sup>46</sup>. Ein *Tatbestandsirrtum*, der den Vorsatz ausschließt (§ 16 I 1), ist dennoch nicht anzunehmen, da K offensichtlich wusste, dass er durch das bloße Zusenden der Karte nicht Eigentümer der Sache geworden war<sup>47</sup> und durch das Zerreißen und Entsorgen der Karte fremdes Eigentum zerstörte. K handelte demnach vorsätzlich.

<sup>42</sup> Vgl. *Fischer* StGB, § 266 Rdn. 36 a, 49 m. w. N.

<sup>43</sup> Siehe hierzu auch *Christian Jäger* JuS 2010, 761, 763.

<sup>44</sup> Vgl. hierzu *Fischer* StGB, § 15 Rdn. 9 a ff.

<sup>45</sup> Vgl. zur Wertgrenze *Fischer* StGB, § 263 Rdn. 215; *Graf/Jäger/Wittig/Dannecker* Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, § 263 Rdn. 136 f.

<sup>46</sup> § 241 a I BGB schließt nach h. M. im zivilrechtlichen Schrifttum sämtliche Ansprüche des Versenders gegen den Empfänger der unbestellten Sache aus; siehe dazu *Müko/Kramer* BGB, § 241 a Rdn. 11 ff. m. w. N.

<sup>47</sup> Dies entspricht der ganz h. M. im Zivilrecht; siehe nur *Jauernig/Mansel* BGB, § 241 a Rdn. 5 m. w. N.; a. A. *Riehm* JURA 2000, 505, 512.

### 3. Rechtswidrigkeit

Hier kommt lediglich eine *Rechtfertigung* über § 241 a BGB in Betracht. Zwar regelt diese Vorschrift nur den Ausschluss zivilrechtlicher Ansprüche des Unternehmers gegen den Verbraucher, dem vom Unternehmer unbestellte Sachen oder sonstige Leistungen geliefert werden. Die h. M. im strafrechtlichen Schrifttum sieht in § 241 a BGB jedoch wegen der gebotenen Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung und der Ultima-Ratio-Funktion des Strafrechts<sup>48</sup> einen *Rechtfertigungsgrund*<sup>49</sup>. Die objektiven Voraussetzungen des § 241 a BGB liegen jedoch nicht vor, vielmehr stellt sich K lediglich eine Situation vor, in der diese Voraussetzungen gegeben sind. K handelte damit rechtswidrig.

**Anmerkung:** Zum Teil wird vertreten, bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 241 a BGB sei bereits der Tatbestand des § 303 I nicht erfüllt<sup>50</sup>. Da § 241 a BGB hier objektiv nicht eingreift, wäre auf diesen Ansatz im Rahmen der Prüfung des subjektiven Tatbestandes einzugehen. Weiterhin wird vertreten, dass eine Strafbarkeit des Empfängers wegen seiner eigenen rechtfertigenden Einwilligung ausscheidet, da ihm § 241 a BGB die zivilrechtliche Verfügungsbefugnis verleihe<sup>51</sup>. Eine Darstellung des aufgezeigten Meinungsspektrums kann in einer Klausur nicht erwartet werden; es ist ausreichend, wenn § 241 a BGB mit der h. M. als Rechtfertigungsgrund eingestuft wird.

### 4. Erlaubnistatbestandsirrtum

K könnte sich in einem sog. *Erlaubnistatbestandsirrtum* befunden haben. Ein solcher liegt vor, wenn der Täter bei Begehung der Tat irrigerweise Umstände annimmt, die, wenn sie tatsächlich vorlägen, sein Handeln rechtfertigen würden. K ging davon aus, dass ihm als Verbraucher von T als Unternehmer eine unbestellte Ansichtskarte geliefert worden sei, sodass nach seiner Vorstellung die Voraussetzungen des § 241 a BGB erfüllt waren. Rechtsfolge wäre der Ausschluss jeglicher Ansprüche des Unternehmers gegen den Verbraucher; nach h. M. wären die objektiven und subjektiven Voraussetzungen der Rechtfertigung gegeben. K befand sich mithin in einem Erlaubnistatbestandsirrtum, dessen *rechtliche Bewertung* fraglich und umstritten ist.

Das Gesetz hält für die Behandlung von Irrtumskonstellationen lediglich zwei Vorschriften bereit: § 16, der den *Irrtum über Tatumstände* erfasst, und § 17, der den *Verbotsirrtum* regelt. Nach § 16 I 1 handelt nicht vorsätzlich, wer bei Begehung der Tat einen Umstand nicht kennt, der zum gesetzlichen Tatbestand gehört. Dagegen handelt nur ohne Schuld, wem bei Begehung der Tat die Einsicht fehlt, Unrecht zu tun, wenn er den Irrtum nicht vermeiden konnte (§ 17 S. 1).

In der vorliegenden Konstellation liegt die Anwendung des § 17 und damit die Annahme eines Verbotsirrtums nahe, da K davon ausging, dass sein Handeln nach § 241 a BGB gerechtfertigt ist, ihm mithin die Einsicht fehlte, Unrecht zu tun. Zudem handelt es sich bei den rechtfertigenden Voraussetzungen des § 241 a BGB, deren Vorliegen K irrig für gegeben hielt, nicht um Umstände, die »zum gesetzlichen Tatbestand« gehören<sup>52</sup>.

Entsprechend wird der Erlaubnistatbestandsirrtum in der Literatur von der *strengen Schuldtheorie*<sup>53</sup> als Verbotsirrtum nach § 17 behandelt. Nach dieser Ansicht bezieht sich der Vorsatz nur auf den objektiven Tatbestand und nicht auch auf die Rechtswidrigkeit. Nimmt man vorliegend einen Verbotsirrtum an, so entfällt die Schuld jedoch nur, wenn der Irrtum unvermeidbar gewesen ist, der Täter ihn also mit Rücksicht auf die konkrete Situation unter gehöriger Anstrengung seiner Erkenntniskräfte und seines Gewissens, gegebenenfalls auch durch Erkundigungen bei fachkundigen Personen nicht hätte ausräumen können<sup>54</sup>. Bei einer genaueren Überprüfung der

Lieferung und gründlicherem Nachdenken über seine Bestellung hätte K den Irrtum über das Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes vermeiden können. K wäre somit nicht entschuldigt, es käme allenfalls gemäß § 17 S. 2 eine Strafmilderung nach § 49 I in Betracht.

Zwar mag die Einordnung des Erlaubnistatbestandsirrtums als Verbotsirrtum i. S. d. § 17 den Gesetzeswortlaut auf ihrer Seite haben; gleichwohl vernachlässigt sie den Umstand, dass der Täter sich in dieser Konstellation im Grunde rechtstreu verhalten will<sup>55</sup>. Er glaubt wegen eines Irrtums im tatsächlichen Bereich, dass er sich rechtmäßig verhält. Der Erlaubnistatbestandsirrtum ist deshalb eher dem Tatbestandsirrtum des § 16 I 1 als dem Verbotsirrtum zuzuordnen<sup>56</sup>.

Aus diesem Grund wendet die h. L. die Regelung des § 16 I 1 bei Vorliegen eines Erlaubnistatbestandsirrtums an, wenn auch die Begründungen dafür variieren: Die *Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen*<sup>57</sup> geht von einem zweistufigen Verbrechensaufbau aus und betrachtet die Rechtswidrigkeit als Merkmal des Tatbestandes. Danach handelt derjenige tatbestandsmäßig, der den Tatbestand erfüllt und dem kein Rechtfertigungsgrund zur Seite steht. Tatbestand und Rechtswidrigkeit bilden als Gesamtunrechtstatbestand eine einheitliche Wertungsstufe. Der Irrtum über einen rechtfertigenden Sachverhalt ist daher ein Irrtum über ein (negatives) Tatbestandsmerkmal, sodass § 16 I 1 unmittelbar zur Anwendung kommt. Die *ingeschränkte Schuldtheorie*<sup>58</sup> wendet auf den Erlaubnistatbestandsirrtum § 16 analog an, sodass der Vorsatz entfällt. Daher würde nach dieser Ansicht in casu ebenfalls der Vorsatz entfallen. Nach der *rechtsfolgenverweisenden Schuldtheorie*<sup>59</sup> besteht der Vorsatz aus zwei Teilen: dem tatbestandlichen Vorsatz und dem *Schuldvorsatz*. Wenn der Schuldvorsatz nicht vorliegt, ist die Tat zwar vorsätzlich begangen, aber aufgrund des eigentlich beabsichtigten rechtstreuen Verhaltens muss die Rechtsfolge zur Anwendung kommen, die dem Täter auch nach § 16 I 1 zukäme.

Mit der h. L. ist hier 16 I 1 (analog) anzuwenden, sodass K nicht vorsätzlich handelte.

### 5. Ergebnis

K hat sich somit nicht wegen Sachbeschädigung gemäß § 303 I strafbar gemacht.

48 Näher dazu *Reichling* JuS 2009, 111, 112.

49 Graf/Jäger/Wittig/Dannecker Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, Vor §§ 32 ff. Rdn. 21; Fischer StGB, § 303 Rdn. 16; Haft/Eisele GS Meurer, S. 245, 257; Lackner/Kühl StGB, § 303 Rdn. 9; Matzky NSTz 2002, 458, 462 f.; Satzger JURA 2006, 428, 433 f.; Wessels/Hillenkamp BT II, Rdn. 20; krit. Otto JURA 2004, 389, 390; Überblick über die verschiedenen Lösungsansätze bei *Reichling* JuS 2009, 111, 112 ff.

50 So etwa Otto JURA 2004, 389, 390, der jedoch den Begriff »fremd« i. S. d. § 303 I anders definiert, indem er danach fragt, ob ein anderer »eine umfassendere Vermögensposition an der Sache innehat«; ähnlich auch *Lamberz* JA 2008, 425, 428 (»faktisches Eigentum«).

51 So *Reichling* JuS 2009, 111, 113 f.; *Tachau* Ist das Strafrecht enger als das Zivilrecht?, 2005, S. 187.

52 Vgl. *Tiedemann* Die Anfängerübung im Strafrecht, S. 16, sowie allgemein zur Prüfung des Erlaubnistatbestandsirrtums in der Fallbearbeitung S. 14 ff.

53 *Bockelmann* NJW 1950, 850, 852; *Welzel* Das Deutsche Strafrecht, § 22 III 1 f.

54 Vgl. Fischer StGB, § 17 Rdn. 7 f.

55 BGHSt 3, 105, 107.

56 *Rengier* AT, § 30 Rdn. 14; *Stratenwerth/Kuhlen* AT, § 9 Rdn. 165.

57 *Samson* Strafrecht 1, S. 122 ff.; *Arthur Kaufmann* JZ 1954, 653 ff.; *Rinck* Der zweistufige Deliktsaufbau, 2000, S. 74 ff.; *Herzberg* JA 1989, 243, 245 ff.

58 BGHSt 3, 105, 107; OLG Hamm NJW 1987, 1034, 1035; *Frister* AT, § 14 Rdn. 30; *Kühl* AT, § 15 Rdn. 73.

59 Fischer StGB, § 16 Rdn. 22; *Wessels/Beulke* AT, Rdn. 478 f. m. w. N.

## II. Betrug gemäß § 263 I

Indem K dem F erklärte, er verkaufe das Buch im Auftrag seiner Großmutter, könnte er sich wegen Betruges gegenüber und zulasten des F strafbar gemacht haben.

### 1. Objektiver Tatbestand

#### a) Täuschung

Hier *täuschte* K *ausdrücklich* darüber, zur Verfügung über das Eigentum an dem Buch berechtigt zu sein. K erklärte, dass seine Großmutter Eigentümerin des Buches sei und dass er in ihrem Auftrag das Buch verkaufe. Er täuschte damit auch über die Tatsache, dass er mit Einwilligung des Berechtigten handele (vgl. § 185 I BGB) und Eigentum an der Sache verschaffen könne. Tatsächlich stand das Buch im Eigentum des T und dieser hat K nicht beauftragt, das Buch zu verkaufen. Eine Täuschung über Tatsachen ist mithin gegeben.

#### b) Irrtum

F befand sich aufgrund der Täuschung in einem Irrtum, weil er der Erklärung des K glaubte.

#### c) Vermögensverfügung

Spätestens mit der Übergabe und Übereignung des Geldes hat F irrtumsbedingt eine tatbestandliche Vermögensverfügung vorgenommen. Auf die Frage, ob bereits mit dem Vertragsabschluss eine tatbestandliche Vermögensverfügung gegeben ist, kommt es daher nicht an<sup>60</sup>.

#### d) Vermögensschaden

Schließlich müsste F dadurch einen *Vermögensschaden* erlitten haben. Die Schadensberechnung erfolgt i. R. d. § 263 anhand eines objektiven individualisierenden Beurteilungsmaßstabes nach dem Prinzip der *Gesamtsaldierung*, bei der die Differenz zwischen dem Vermögensstand vor und nach der Verfügung betrachtet wird<sup>61</sup>. F hat dem K 200 Euro übereignet. Als Gegenwert erhielt er aber nur den Besitz an dem Buch. K war weder Eigentümer des Buches noch vom Eigentümer zur Verfügung befugt und konnte ihm daher kein Eigentum daran verschaffen. Im Übrigen verleiht auch § 241 a BGB nach h. M. dem Empfänger der unbestellten Sache keine Verfügungsbefugnis<sup>62</sup>. Da die §§ 932 ff. BGB zudem lediglich den guten Glauben in das Eigentum eines Veräußerers, nicht aber in die Verfügungsbefugnis des Nichtberechtigten schützen<sup>63</sup>, hat F auch nicht gutgläubig Eigentum erworben. Ein gutgläubiger Erwerb wäre in der vorliegenden Konstellation nur dann möglich, wenn der nichtberechtigte Dritte, hier also die Großmutter, tatsächlich der Veräußerung zugestimmt hätte<sup>64</sup>, was jedoch nicht der Fall war. Da F demzufolge lediglich Besitz und kein Eigentum an dem Buch erlangt hat, ist ein Vermögensschaden eingetreten.

### 2. Subjektiver Tatbestand

K handelte vorsätzlich und mit der erforderlichen Absicht, sich rechtswidrig zu bereichern.

### 3. Rechtswidrigkeit und Schuld

K handelte rechtswidrig und schuldhaft.

### 4. Ergebnis

K hat sich wegen Betruges gemäß § 263 I gegenüber und zulasten des F strafbar gemacht.

## III. Unterschlagung gemäß § 246 I

Dadurch, dass K dem F das Buch zum Kauf anbot, könnte er sich wegen Unterschlagung gemäß § 246 I strafbar gemacht haben.

Das Buch war eine für K fremde bewegliche Sache. Problematisch ist jedoch, ob in dem Handeln des K überhaupt eine *Zueignung* i. S. d. § 246 I zu sehen ist. Letztlich kann diese Frage jedoch dahinstehen, da § 246 I schon aufgrund formeller Subsidiarität gemäß § 246 I Hs. 2 gegenüber § 263 I zurücktritt. Im Übrigen wäre die Zueignung bei Anwendung des § 241 a BGB bereits nicht rechtswidrig und damit das Handeln des K nicht tatbestandsmäßig oder die Tat doch zumindest gerechtfertigt<sup>65</sup>.

## IV. Ergebnis zum 3. Tatkomplex

K hat sich wegen Betruges gemäß § 263 I strafbar gemacht.

### 4. Tatkomplex: »Einkaufen« an der Selbstbedienungskasse

#### I. Strafbarkeit des T

##### 1. Räuberischer Diebstahl gemäß § 252

Indem T das Mobiltelefon an der Selbstbedienungskasse nicht einscannte und bezahlte, sondern dieses in eine Einkaufsstüte packte und den Kassenbereich verließ und er dem D daraufhin einen kräftigen Schlag in die Magengegend versetzte, könnte er sich wegen räuberischen Diebstahls gemäß § 252 strafbar gemacht haben.

#### a) Objektiver Tatbestand

##### aa) Bei einem Diebstahl

T müsste zunächst »*bei einem Diebstahl*« (§ 242 I) gehandelt haben; mithin müsste ein *vollendeter Diebstahl* gegeben sein<sup>66</sup>.

##### (1) Objektiver Tatbestand

Das Mobiltelefon ist als für T *fremde bewegliche Sache* ein taugliches Tatobjekt des Diebstahls. T müsste das Gerät auch *weggenommen* haben. Wegnahme erfordert den *Bruch fremden und die Begründung neuen Gewahrsams* an einer Sache<sup>67</sup>. Unter *Gewahrsam* ist die *von einem Herrschaftswillen getragene Sachherrschaft* zu verstehen, deren Reichweite maßgeblich von der Verkehrsauffassung bestimmt wird<sup>68</sup>.

60 Vgl. hierzu Graf/Jäger/Wittig/Dannecker Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, § 263 Rdn. 96 ff.

61 BGHSt 3, 99, 102; 16, 220, 221; 34, 199, 201; Graf/Jäger/Wittig/Dannecker Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, § 263 Rdn. 77.

62 So explizit Staudinger/Olzen BGB, § 241 a Rdn. 48; Erman/Saenger BGB, § 241 a Rdn. 33; Schwarz NJW 2001, 1449, 1452; Sosnitza BB 2000, 2317, 2322; auch Palandt/Grüneberg BGB, § 241 a Rdn. 7; Jauernig/Mansel BGB, § 241 a Rdn. 5; a. A. Müko/Kramer BGB § 241 a Rdn. 19.

63 Vgl. Baur/Stürmer Sachenrecht, § 52 Rdn. 13 a. E.; Schulze/Schulte-Nölke BGB, § 932 Rdn. 8 (Fn. 64).

64 Siehe dazu Schulze/Schulte-Nölke BGB, § 932 Rdn. 8.

65 Vgl. dazu NK/Kindhäuser StGB, § 246 Rdn. 26 (Fn. 1); Rengier BT I, § 5 Rdn. 6 m. w. N.

66 Vgl. Fischer StGB, § 252 Rdn. 4.

67 RGSt 48, 58, 59 f.; BGH NStZ 1995, 593, 594; Lackner/Kühl StGB, § 242 Rdn. 8; Rengier BT I, § 2 Rdn. 10; Wessels/Hillenkamp BT II, Rdn. 82.

68 Fischer StGB, § 242 Rdn. 11; Kindhäuser BT II, § 2 Rdn. 28; Zopfs ZJS 2009, 506, 507.

Hier hatte ursprünglich der Geschäftsinhaber bzw. Geschäftsführer aufgrund eines generellen Herrschaftswillens die tatsächliche Sachherrschaft über das Mobiltelefon und somit den Gewahrsam inne. Der Täter erlangt den Gewahrsam an der Sache, soweit er die Herrschaft über sie ungehindert durch den alten Gewahrsamsinhaber ausüben und dieser über die Sache nicht mehr verfügen kann, ohne seinerseits die Verfügungsgewalt des Täters zu beseitigen<sup>69</sup>. In Kaufhäusern und Selbstbedienungsläden erfolgt der Gewahrsamswechsel – soweit er nicht bereits vorher durch Einstecken in die Kleidung oder eine Tasche eingetreten ist – regelmäßig erst mit dem Passieren der Kasse<sup>70</sup>. Im konkreten Fall packte T das Mobiltelefon und die anderen Sachen an der Kasse in eine Einkaufstüte, sodass er nach der Verkehrsauffassung in diesem Moment den Gewahrsam daran erlangte.

Fraglich ist jedoch, ob T den Gewahrsam am Mobiltelefon unter Bruch fremden Gewahrsams erlangt hat. Dafür muss er den *Gewahrsam des bisherigen Inhabers gegen oder ohne dessen Willen aufgehoben* haben<sup>71</sup>. Zu beachten ist hier, dass Teine der Selbstbedienungskassen des Geschäftes benutzte, an der der Kunde selbst den Kassiervorgang vornimmt. Insoweit erfolgte bezüglich der gekauften Gegenstände im Gegensatz zu herkömmlichen Kassen keine den Bruch fremden Gewahrsams ausschließende willentliche Gewahrsamsübertragung durch das Kasspersonal.

Durch die Einrichtung von Selbstbedienungskassen erklärt sich der Inhaber des Geschäftes vielmehr *generell* mit dem Gewahrsamsübergang *einverstanden*. Bereits die Einrichtung solcher Kassen zeigt aber, dass der Gewahrsamsinhaber nicht stets mit dem Gewahrsamsübergang, etwa bei bloßem Passieren der Kasse mit der Ware, einverstanden ist. Vielmehr ist anerkannt, dass der Gewahrsamsinhaber sein Einverständnis vorab von bestimmten Bedingungen abhängig machen kann (antizipiertes und *bedingtes Einverständnis*)<sup>72</sup>. Unter Zugrundelegung der Interessen des Geschäftsinhabers und der Verkehrsanschauung steht daher in Anlehnung an die Fälle des Bedienens eines Warenautomaten<sup>73</sup> oder des Tankens an einer Selbstbedienungstankstelle<sup>74</sup> das Einverständnis in den Gewahrsamsübergang unter der Bedingung, dass die Selbstbedienungskasse *äußerlich ordnungsgemäß bedient* wird. Dazu gehört jedenfalls das äußerlich korrekte Einscannen und Bezahlen der zur Selbstbedienungskasse mitgebrachten Waren.

Diese Voraussetzungen hat T hinsichtlich der Packung CD-Rohlinge und des USB-Kabels erfüllt. Er scannt beide Sachen ordnungsgemäß ein und bezahlt sie anschließend in äußerlich korrekter Weise durch Einschieben seiner EC-Karte in das Kartenlesegerät und Eintippen seiner Geheimzahl, sodass das Einverständnis des Geschäftsinhabers seine Wirkung entfaltet. Anders verhält es sich mit dem Mobiltelefon. Hier hält T den Handscanner neben den Strichcode und scannt das Produkt nicht ordnungsgemäß ein. Die Bedingungen, unter denen ein Einverständnis des Geschäftsinhabers gegeben ist, sind somit nicht erfüllt. Demzufolge hat T den Gewahrsam am Mobiltelefon unter Bruch fremden Gewahrsams erlangt.

Das Einverständnis wurde auch nicht durch A erteilt, die T flüchtig beobachtet hat und ihn passieren ließ. Im Gegensatz zu einer Kassiererin bei einer herkömmlichen Kasse ist sie nicht als zur Gewahrsamsübertragung befugt anzusehen. Die Voraussetzungen für eine einverständliche Gewahrsamsübertragung hatte der Geschäftsinhaber durch die Einrichtung der Selbstbedienungskasse abschließend festgelegt. A sollte Kunden lediglich beim Scan- und Bezahlvorgang helfen und den Ablauf beaufsichtigen, um Missbrauch zu verhindern oder aufzudecken.

Demnach ist eine Wegnahme des Mobiltelefons zu bejahen. Der objektive Tatbestand des Diebstahls ist mithin erfüllt.

### (2) Subjektiver Tatbestand

T handelte vorsätzlich und in der Absicht rechtswidriger Zueignung.

### (3) Zwischenergebnis

Damit ist ein vollendeter Diebstahl am Mobiltelefon gegeben; insofern handelte T »bei einem Diebstahl« i. S. d. § 252.

#### bb) Auf frischer Tat betroffen

Zudem müsste T *auf frischer Tat betroffen* sein. Die Tat ist *frisch*, wenn der Täter bei der Ausführung der Tat oder alsbald nach deren Vollendung am Tatort oder in dessen unmittelbarer Nähe von einem anderen bemerkt, also sinnlich wahrgenommen wird<sup>75</sup>.

Da T die Tatausführung gerade abgeschlossen hat und sich noch am Tatort aufhält, liegt der geforderte Zusammenhang zum Diebstahl vor. Der Diebstahl war mangels Erlangung gesicherten Gewahrsams durch Tauch noch nicht beendet<sup>76</sup>. Eine frische Tat ist gegeben.

Auf dieser Tat ist T auch *betroffen* worden, da es nach h. M. ausreichend ist, dass der Täter als Person wahrgenommen wird, einen Bezug zur Tatbegehung muss der Bemerkende nicht hergestellt haben<sup>77</sup>.

#### cc) Qualifiziertes Nötigungsmittel

T müsste ein qualifiziertes Nötigungsmittel eingesetzt haben. Hier kommt *Gewalt gegen eine Person* in Betracht. Dafür muss sich die Gewaltanwendung gegen den Körper des Opfers richten<sup>78</sup>. Der Schlag des T in die Magengegend des D stellt sich als ein gegen den Körper gerichteter Zwang dar, um den Widerstand des D zu überwinden. Gewalt gegen eine Person liegt demnach vor.

#### b) Subjektiver Tatbestand

T handelte vorsätzlich und mit Besitzerhaltungsabsicht. Zwar kommt es ihm – lebensnah beurteilt – auch auf die Flucht an, jedoch ist anerkannt, dass die *Absicht der Besitzerhaltung* nicht der einzige Beweggrund des Täters sein muss. Vielmehr genügt es, wenn es ihm auch darauf ankommt, die Nötigung als ein Mittel einzusetzen, das eine Entziehung der Beute verhindern soll<sup>79</sup>. Davon kann hier ausgegangen werden.

69 BGH NSTz 2008, 624, 625; *Kindhäuser* BT II, § 2 Rdn. 49; *Wessels/Hillenkamp* BT II, Rdn. 121.

70 Vgl. *Rengier* BT I, § 2 Rdn. 25 f.

71 Vgl. BGH NJW 1952, 782, 783; *Wessels/Hillenkamp* BT II, Rdn. 109; *Zopfs* ZJS 2009, 506, 513.

72 Vgl. *SK/Hoyer* StGB, § 242 Rdn. 54 m. w. N.; *Wessels/Hillenkamp* BT II, Rdn. 19; *Zopfs* ZJS 2009, 506, 513.

73 Siehe *Rengier* BT I, § 2 Rdn. 34; *Wessels/Hillenkamp* BT II, Rdn. 120.

74 Siehe *Lackner/Kühl* StGB, § 242 Rdn. 14; eingehend *Lange/Trost* JuS 2003, 961 ff.; vgl. auch *Becker* ZJS 2010, 403, 415 ff.

75 Vgl. BGHSt 9, 255, 257; 26, 95 f.; *Fischer* StGB, § 252 Rdn. 5; *Kindhäuser* BT II, § 16 Rdn. 10; *Otto* BT, § 46 Rdn. 54; *Lackner/Kühl* StGB, § 252 Rdn. 4.

76 Vgl. *Fischer* StGB, § 242 Rdn. 54.

77 Vgl. BGHSt 28, 224, 227; *LK/Vogel* StGB, § 252 Rdn. 29; diff. *Lackner/Kühl* StGB, § 252 Rdn. 4 m. w. N.

78 *Fischer* StGB, § 249 Rdn. 4 a; *Kindhäuser* BT II, § 13 Rdn. 4.

79 *Küper* BT, S. 92; *Lackner/Kühl* StGB, § 252 Rdn. 5; *Rengier* BT I, § 10 Rdn. 16 ff.

**c) Rechtswidrigkeit**

Das tatbestandliche Handeln des T könnte durch *Notwehr* (§ 32 II 1. Alt.) gerechtfertigt sein. Dazu müsste zunächst eine *Notwehrlage*, also ein gegenwärtiger rechtswidriger Angriff des D, vorliegen. Ein *Angriff* ist jede durch menschliches Verhalten bewirkte Bedrohung rechtlich geschützter Individualinteressen<sup>80</sup>. Darunter fällt das Festhalten am Arm, da dadurch die Willensbetätigungs- und die Fortbewegungsfreiheit des T, die sogar strafrechtlichen Schutz erfahren, verletzt werden und weiterhin bedroht sind. Der Angriff ist zudem *gegenwärtig*, da er im Zeitpunkt des Zuschlagens gerade stattfindet.

Fraglich ist jedoch, ob der Angriff auch *rechtswidrig* ist. Rechtswidrig ist jeder Angriff, der den Bewertungsnormen des Rechts objektiv zuwiderläuft und nicht durch einen Erlaubnissatz gedeckt ist<sup>81</sup>. Maßgeblich ist damit, was der Handelnde tun darf. Das Handeln des D wäre demnach dann nicht rechtswidrig, wenn die objektiven Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes erfüllt sind.

Hier kommt als Rechtfertigungsgrund die Nothilfe gemäß § 32 II 2. Alt. in Betracht. T verübt durch den begangenen Diebstahl einen *gegenwärtigen*, weil noch nicht abgeschlossenen, *rechtswidrigen Angriff* auf Eigentum und Gewahrsam des Geschäftsinhabers an dem Telefon. Damit liegt eine Nothilfelage vor. Da mit dem Festhalten des T eine *erforderliche Verteidigungshandlung* durch D erfolgt, sind die objektiven Voraussetzungen der Nothilfe erfüllt.

Zudem könnte sich D hier womöglich auf eine Befugnis zum Handeln aus dem Festnahmerecht gemäß § 127 I 1 StPO berufen. Hier verfolgt D den T auf frischer Tat, da er T unmittelbar nach dem Diebstahl am Tatort oder zumindest in dessen direkter Nähe antrifft. Auch ist T der Flucht verdächtig. Das Festhalten als Festnahmehandlung ist zudem erforderlich. Mithin sind auch hinsichtlich des Festnahmerechts die objektiven Voraussetzungen<sup>82</sup> gegeben.

Gleichwohl ergibt sich damit hier keine objektive Rechtfertigung des Handelns des D, da er nicht um die Festnahmelage weiß und damit auch nicht den Zweck verfolgt, den T als Festgenommenen der Strafverfolgung zuzuführen<sup>83</sup>. Dies soll bei § 127 I 1 StPO als sog. unvollkommen zweiaktigen Rechtfertigungsgrund aber erforderlich sein, damit der Erfolgswert des tatbestandlichen Handelns entfällt und eine objektive Rechtfertigung angenommen werden kann<sup>84</sup>. Damit ist das Handeln des D schon objektiv nicht vom Festnahmerecht des § 127 I 1 StPO gedeckt.

Da jedoch wie gezeigt die objektiven Voraussetzungen des Nothilferechts gemäß § 32 II 2. Alt. gegeben sind und der Angriff des D dadurch bereits den Bewertungsnormen des Rechts nicht zuwiderläuft, erfolgte der Angriff des D nicht rechtswidrig. Dass D die Rechtfertigungslage nicht kennt, ist für die hier zu klärende Frage, ob der Angriff rechtswidrig ist, nicht von Bedeutung.

Eine Rechtfertigung des Handelns des T durch Notwehr gemäß § 32 II 1. Alt. scheidet damit aus. T handelte rechtswidrig.

**c) Rechtswidrigkeit und Schuld**

T handelte auch rechtswidrig und schuldhaft.

**d) Ergebnis**

Somit hat sich T wegen räuberischen Diebstahls gemäß § 252 strafbar gemacht.

**2. Körperverletzung gemäß § 223 I**

T hat sich durch den Schlag gegen D ferner wegen Körperverletzung gemäß § 223 I strafbar gemacht. Der nach § 230 I 1 für

die Strafverfolgung erforderliche Strafantrag ist wirksam gestellt.

**3. Hausfriedensbruch gemäß § 123 I**

Indem T den Elektronikmarkt betritt, um einen Diebstahl zu begehen, könnte er sich wegen Hausfriedensbruchs gemäß § 123 I strafbar gemacht haben.

Fraglich ist, ob T überhaupt widerrechtlich in den Geschäftsraum eingedrungen ist. Nach einer in der Literatur vertretenen Ansicht soll das *generell ausgesprochene Zutrittsrecht* entfallen, soweit der Besucher widerrechtliche Zwecke verfolgt<sup>85</sup>. Diese Argumentation übersieht, dass das Einverständnis doch gerade für all diejenigen gelten soll, die dem *äußerlichen Erscheinungsbild* eines normalen Kunden entsprechen<sup>86</sup>. Hier ist davon auszugehen, dass T diesen Vorstellungen entspricht. Er ist daher nicht widerrechtlich in die Geschäftsräume eingedrungen. Eine Strafbarkeit nach § 123 I scheidet somit aus.

**II. Strafbarkeit des D****1. Freiheitsberaubung gemäß § 239 I**

D könnte sich wegen Freiheitsberaubung gemäß § 239 I strafbar gemacht haben, indem er T am Arm packte und festhielt.

**a) Objektiver Tatbestand**

Der objektive Tatbestand des § 239 I setzt voraus, dass der Täter einen Menschen einsperrt oder auf andere Weise der Freiheit beraubt. Da ein Einsperren hier offensichtlich ausscheidet, ist danach zu fragen, ob D den T *auf andere Weise der Freiheit beraubt* hat. Hierzu genügt jede Handlung, die objektiv die Fortbewegungsfreiheit aufhebt<sup>87</sup>. T hielt D zwar am Arm fest, jedoch hält dieser Zustand allenfalls ganz kurzzeitig an, da T sich umgehend durch einen kräftigen Schlag in die Magen-gegend des D befreite und flüchtete. Da die Freiheitsberaubung voraussetzt, dass die Fortbewegungsfreiheit für einen nicht unerheblichen Zeitraum – die Dauer eines »Vaterunsers«<sup>88</sup> – aufgehoben wird<sup>89</sup>, ist daher der objektive Tatbestand nicht erfüllt.

**b) Ergebnis**

D hat sich somit nicht wegen Freiheitsberaubung gemäß § 239 I strafbar gemacht.

**2. Versuchte Freiheitsberaubung gemäß §§ 239 I, II, 22, 23 I**

D könnte sich durch sein Verhalten gegenüber T gemäß §§ 239 I, II, 22, 23 I strafbar gemacht haben.

<sup>80</sup> Vgl. *Rengier* AT, § 18 Rdn. 6.

<sup>81</sup> *Wessels/Beulke* AT, Rdn. 331.

<sup>82</sup> Vgl. zu den subjektiven Anforderungen des § 127 I 1 StPO; *Bülte* ZStW 121 (2009), 377, 401 f.; *Rengier* AT, § 22 Rdn. 6.

<sup>83</sup> Vgl. *Graf/Jäger/Wittig/Dannecker* Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, Vor §§ 32 ff. Rdn. 85; *Wessels/Beulke* AT, Rdn. 275.

<sup>84</sup> *Graf/Jäger/Wittig/Dannecker* Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, Vor §§ 32 ff. Rdn. 84; *Schönke/Schröder/Lenckner/Sternberg-Lieben* StGB, Vor §§ 32 ff. Rdn. 16; *Roxin* AT, § 14 Rdn. 103, 106.

<sup>85</sup> *LK/Schäfer* StGB (10. Aufl.), § 123 Rdn. 32; *Steinmetz* JuS 1985, 94, 95 f.

<sup>86</sup> So die h. M., vgl. etwa *Rengier* BT II, § 30 Rdn. 11; *Wessels/Hettinger* BT I, Rdn. 591.

<sup>87</sup> *BGH* NJW 1993, 1807; *Fischer* StGB, § 239 Rdn. 8; *Wessels/Hettinger* BT I, Rdn. 372.

<sup>88</sup> So das Reichsgericht in *RGSt* 7, 259, 260.

<sup>89</sup> *BGH* NSZ 2003, 371; *Lackner/Kühl* StGB, § 239 Rdn. 2 m. w. N.; *Rengier* BT II, § 22 Rdn. 13.

*a) Vorprüfung*

Die Freiheitsberaubung (§ 239 I) wurde nicht vollendet. Die Strafbarkeit des Versuchs ergibt sich aus § 239 II.

*b) Tatentschluss*

D müsste *Tatentschluss* gehabt haben, T der Freiheit zu berauben. D packte T am Arm und hielt ihn fest, um ihn am Verlassen des Marktes zu hindern und anschließend zu kontrollieren. Der Sachverhalt liefert keine Anhaltspunkte dafür, dass D die Fortbewegungsfreiheit des T über ein zur Ermöglichung der Kontrolle kurzfristiges Festhalten hinaus, was dem Tatbestand der Freiheitsberaubung, wie gezeigt, nicht unterfällt, aufheben wollte. Bei lebensnaher Betrachtung ist davon auszugehen, dass D das Ergreifen am Arm vielmehr als Möglichkeit betrachtete, T auf seine Kontrollabsichten aufmerksam zu machen, und nicht, um eine zwangsweise Kontrolle zu ermöglichen. Der Tatentschluss zur Begehung einer Freiheitsberaubung ist mithin zu verneinen.

*c) Ergebnis*

D hat sich somit nicht wegen versuchter Freiheitsberaubung gemäß §§ 239 I, II, 22, 23 I strafbar gemacht.

**3. Nötigung gemäß § 240 I**

Indem D den T am Arm packte und ihn festhielt, könnte sich D aber wegen Nötigung gemäß § 240 I strafbar gemacht haben.

*a) Objektiver Tatbestand*

Hier verübte D mit dem Festhalten *Gewalt* gegen T. Fraglich ist bereits, ob T dadurch das Weitergehen und das Verlassen des Marktes überhaupt unterließ. Jedenfalls wird wohl ein nur ganz kurzzeitiges Unterlassen des Weitergehens für die Annahme eines Nötigungserfolgs nicht genügen. Zudem ist zu beachten, dass das Festhalten des T nicht die Duldung der geplanten Durchführung einer Routinekontrolle bewirkte, da sich T befreite und den Markt verließ.

Der objektive Tatbestand der Nötigung ist mithin nicht erfüllt.

*b) Ergebnis*

D hat sich somit nicht wegen Nötigung gemäß § 240 I strafbar gemacht.

**4. Versuchte Nötigung gemäß §§ 240 I, III, 22, 23 I**

Indem D den T am Arm festhielt, um ihn zu kontrollieren, könnte sich D gemäß § 240 I, III, 22, 23 I strafbar gemacht haben.

*a) Vorprüfung*

Die Nötigung gemäß § 240 I wurde nicht vollendet. Der Versuch der Nötigung ist nach § 240 III strafbar.

*b) Tatentschluss*

D müsste *Tatentschluss* zur Begehung einer Nötigung gemäß § 240 I gehabt haben. Hier wollte D den T anhalten, um ihn anschließend zu kontrollieren. Er wollte somit *Gewalt* verüben, um eine Duldung der Durchführung einer Kontrolle zu erzwingen. Mithin ist der Tatentschluss des D gegeben.

*c) Unmittelbares Ansetzen*

Durch die Ausübung der Gewalt setzte D unmittelbar zur Tatbestandsverwirklichung an.

*d) Rechtswidrigkeit*

Das tatbestandliche Handeln des D ist aber gerechtfertigt und damit nicht rechtswidrig, wenn zu seinen Gunsten ein Rechtfertigungsgrund eingreift.

*aa) Nothilfe, § 32 II 2. Alt.*

Die Tat könnte über Nothilfe gemäß § 32 II 2. Alt. gerechtfertigt sein.

Die objektiven Voraussetzungen der Nothilfe liegen – wie bereits dargelegt – vor.

D weiß aber nicht, dass seine geplante Handlung geeignet ist, einen Angriff des T auf das Eigentum und den Gewahrsam an dem Mobiltelefon abzuwehren, er weiß mithin nicht um die Nothilfelage. Damit fehlt es auch an der nach h. M. erforderlichen Verteidigungsabsicht<sup>90</sup>, sodass die subjektiven Rechtfertigungsvoraussetzungen nicht vorliegen. Zwar wird zum Teil vertreten, dass bei Fehlen der subjektiven Voraussetzungen der Notwehr mangels Erfolgsunrecht eine Strafbarkeit nur wegen Versuchs oder aus dem Strafrahmen des Versuchs in Betracht kommt<sup>91</sup>. Mangels Tatvollendung kommt es aber auf diese Frage hier nicht an.

Daher scheidet eine Rechtfertigung des tatbestandlichen Handelns des D über Nothilfe gemäß § 32 II 2. Alt. aus.

*bb) Festnahmerecht, § 127 I 1 StPO*

Das Handeln des D könnte jedoch durch das Festnahmerecht in § 127 I 1 StPO gerechtfertigt sein.

Die objektiven Voraussetzungen des § 127 I 1 StPO sind – wie oben festgestellt – erfüllt.

In subjektiver Hinsicht muss die festnehmende Person bei § 127 I 1 StPO um die Festnahmelage wissen und die Absicht haben, den Festgenommenen der Strafverfolgung zuzuführen. Dies ist vorliegend nicht der Fall. D weiß nicht, dass T eine Straftat begangen hat. Er nimmt die Festnahmehandlung nur vor, weil er glaubt, als Detektiv zu verdachtsunabhängigen Kontrollen und damit verbundenen Maßnahmen berechtigt zu sein.

Die Problematik der Konsequenzen des fehlenden *subjektiven Rechtfertigungselements* stellt sich hier bereits im Ansatz schon nicht: Bei § 127 I 1 StPO soll nämlich – wie dargestellt – auch der Erfolgsunwert nur durch die subjektive Zweckbestimmung der Handlung auf die Strafverfolgung hin entfallen, sodass es sich bei Fehlen des Rechtfertigungswillens – anders als bei anderen Rechtfertigungsgründen – nicht um eine mit dem Versuch vergleichbare Konstellation handelt. Letztlich kommt es aber auf diese Frage nicht an, da ohnehin nur eine Versuchsstrafbarkeit in Rede steht.

Das Handeln des D ist daher nicht nach § 127 I 1 StPO gerechtfertigt.

*cc) Verwerflichkeit*

Der Einsatz von Gewalt ist hinsichtlich des angestrebten Nötigungszwecks, die Duldung der Durchführung der Kontrolle, auch als *verwerflich* i. S. d. § 240 II anzusehen, sodass D rechtswidrig handelte.

*e) Schuld*

Fraglich ist, ob D auch schuldhaft handelte. Er stellte sich vor, dass er als Detektiv zu verdachtsunabhängigen Kontrollen und

<sup>90</sup> Zur Frage des Erfordernisses einer Verteidigungsabsicht bei der Notwehr vgl. *Rengier AT*, § 18 Rdn. 103 ff. m. w. N.

<sup>91</sup> Vgl. dazu *Kühl AT*, § 6 Rdn. 14 ff.; *Rengier AT*, § 17 Rdn. 13 ff.; jeweils m. w. N.

damit verbundenen Maßnahmen, wie etwa dem Festhalten von Personen, generell, also aufgrund seiner Position, berechtigt ist. Er ging mithin von einem rechtlich nicht anerkannten Rechtfertigungsgrund aus, irrte also über die *Existenz eines Rechtfertigungsgrundes* (sog. *Erlaubnisirrtum*<sup>92</sup>). Ein solcher Irrtum wird als Verbotsirrtum nach § 17 behandelt<sup>93</sup>, sodass sich die Frage nach der Vermeidbarkeit dieses Irrtums stellt. Da D als Detektiv auferlegt ist, sich über die Befugnisse hinsichtlich seiner Tätigkeit hinreichend und rechtzeitig zu informieren, er den Irrtum also unter *Einsatz aller seiner Erkenntniskräfte*<sup>94</sup> hätte verhindern können, war der Irrtum vermeidbar, und D handelte schuldhaft.

*f) Ergebnis*

D hat sich wegen versuchter Nötigung gemäß §§ 240 I, III, 22, 23 I strafbar gemacht.

### III. Konkurrenzen und Ergebnis zum 4. Tatkomplex

Der räuberische Diebstahl (§ 252) des T steht zur Körperverletzung gemäß § 223 I in Tateinheit. T hat sich somit gemäß §§ 252; 223 I; 52 strafbar gemacht. Dazu steht die im 1. Tatkomplex begangene Betrugstat in Tatmehrheit.

D hat sich wegen versuchter Nötigung gemäß §§ 240 I, III, 22, 23 I strafbar gemacht.

<sup>92</sup> Vgl. *Wessels/Beulke* AT, Rdn. 458, 482.

<sup>93</sup> *Wessels/Beulke* AT, Rdn. 458, 483.

<sup>94</sup> Vgl. BGHSt 2, 194, 201 f.