

# Examensklausur: Am Aachener Weiher

Dr. Jur. Han-Wei Jung\*

*Viele Studenten stehen der Examensvorbereitung - das ist auch nach der umstrittenen Studienreform zu beobachten - mit einer besorgniserregenden Ratlosigkeit gegenüber. Vor dem Hintergrund der Stofffülle vernimmt man dann Halbwahrheiten, die das Gewissen „strategisch“ beruhigen sollen: So müsse man lediglich eine Anzahl von Prüfungsschemata auswendig lernen oder könne beim Strafrecht, angesichts der Gewichtung, „auf Lücke“ setzen. Mit diesen Weisheiten wird jedoch letztlich nur eine trügerische Sicherheit erreicht, welche sich im Ernstfall auch als solche herausstellt. In der Tat kommt es für das (überdurchschnittliche) Bestehen eines Examens auf die richtige Schwerpunktsetzung an. Nicht zuletzt ist es ein ausgereiftes methodisches Denken, das in den meisten Klausuren die notwendige Übersicht vermittelt. Es kommt neben dem Wissen insbesondere auf den juristischen Durchblick an.*

*Die Examensklausuren lassen sich in jedem Fachbereich grob in zwei Gruppen einteilen. So bestehen sie zum einen Teil aus bekannten Entscheidungen (sog. „Klassiker“), deren Bewältigung tatsächlich über die juristische Logik hinaus die genaue Kenntnis der einschlägigen Entscheidung voraussetzt, oder aber beinhalten neuartige Fallkonstellationen, die oftmals aus der alltäglichen Praxis stammen und sich auch ohne Kenntnis der zugrunde liegenden Entscheidung mit einer präzisen Subsumtion gut lösen lassen.*

*Entscheidend ist für beide Klausurtypen jedoch stets nicht die akribische Wiedergabe von Prüfungsschemata und Theorienstreits, sondern vielmehr die juristisch plausible Auseinandersetzung mit dem Sachverhalt. Die folgende Klausur setzt sich aus Teilen von mehreren Examensklausuren zusammen und gehört der zweiten Kategorie an.*

## Sachverhalt

Der Student S hatte sich mit seiner Freundin F in Köln verabredet. Als er sich mit dem Wagen seines Bruders auf den Weg machte, stellte er fest, dass er für die Fahrt noch tanken musste. Er fuhr an die Tankstelle „am Aachener Weiher“ und tankte das Fahrzeug voll. Als er sich zur Kasse begab, bemerkte er, dass die Mitarbeiterin der Tankstelle aufgrund des starken Kundenaufkommens sehr beschäftigt war. Schnell entschied sich S, die Situation auszunutzen. Davon ausgehend, dass es der Mitarbeiterin wohl nicht möglich sei, festzustellen, ob und an welcher Zapfsäule ein Kunde getankt habe, ergriff er eine Musikzeitschrift und ging damit zur Kasse. An der Reihe, bezahlte S die Zeitschrift, erwähnte jedoch nicht, getankt zu haben. Er verließ sodann die Tankstelle und fuhr davon.

Als S die F abgeholt hatte und sie sich auf dem Weg zu dem Club „Circus Maximus“ machten, wurden sie von dem Polizisten P angehalten. P führte nur eine allgemeine Personenkontrolle durch und hielt stichprobenartig Wagen an der Hauptstrasse an. S aber, der eine Verbindung der Kontrolle mit seiner Tat an der Tankstelle vermutete, bekam Panik. Nur zögerlich stieg er mit F aus dem Wagen aus. Als P den Personalausweisen verlangte, zeigte S

den Personalausweis seines Bruders vor, welchen dieser im Handschuhfach liegen gelassen hatte. P schöpfte trotz des ähnlichen Aussehens Verdacht und schaute genauer nach. Daraufhin verlor S die Beherrschung und ergriff die Flucht. P, ihm hinterher laufend, forderte S auf, augenblicklich stehen zu bleiben. Bei der Flucht stieß S versehentlich eine Mülltonne um, über die P stürzte. P erlitt dabei zwar keine Verletzungen. Jedoch wurde seine Hose, die an der Mülltonne hängen geblieben war, völlig zerrissen. Der Schaden belief sich dabei auf 100 €. P gelang es schließlich doch, S zu stellen. Bei der Nachfrage wurde dem S klar, dass es sich nur um eine allgemeine Kontrolle handelte und P nichts von der Tat an der Tankstelle wusste. P wurde jedoch wegen der ganzen Aktion wütend, weil seine Lieblingshose zerrissen worden war. Er forderte S auf, ihm sofort die 100 € auszuhändigen, andernfalls würde er Strafanzeige wegen Sachbeschädigung gegen S stellen. S, der befürchtete, P könne der Tat an der Tankstelle doch noch auf die Schliche kommen, wollte so schnell wie möglich dem Ganzen ein Ende bereiten. Er bat deshalb seine Freundin F um 100 €, da er selbst kein Geld dabei hatte. Da F jeglichen Ärger für S vermeiden wollte, gab sie P das Geld und hoffte dabei, dass eine „Strafe“ wegen der zerrissenen Hose unter den Tisch fallen würde. P nahm das Geld und ließ S und F weiterfahren.

\* Der Autor ist angestellter Rechtsanwalt der Kanzlei Redeker Sellner Dahs.

Nachdem S und F den Abend ohne weitere Vorfälle verbracht hatten, fuhr S die F nach Hause. F bekam während der

Fahrt Hunger, sodass sie S bat, an der nächstgelegenen Tankstelle zu halten. An der Selbstbedienungstheke nahm F sich ein belegtes Brötchen für 2,90 € sowie einen Becher Kaffee für 1,50€. Schon in der Warteschlange begann sie allerdings, den Kaffee zu trinken. F hielt diese Vorgehensweise für „erlaubt“, weil sie zur Zahlung des Kaufpreises bereit war. Als sie sich jedoch der Kasse näherte, war der Kaffee bereits ausgetrunken. F entschloss sich spontan, den Kaffee nicht mehr zu bezahlen und warf den Becher weg. Sie bezahlte nur das Baguette und verschwieg den geleerten Becher Kaffee. Nach der Bezahlung verließen F und S die Tankstelle.

Wie haben sich S und F sich strafbar gemacht? Die erforderlichen Strafanträge sind gestellt.

### **1. Tatkomplex: Das Geschehen an der Tankstelle**

Der Fall besteht aus 3 Tatkomplexen. Eine chronologische Bearbeitung ist ratsam.

#### **a) Strafbarkeit des S wegen Diebstahls gem. § 242 StGB**

S könnte sich wegen Diebstahls strafbar gemacht haben, indem er Benzin in seinen Tank einfüllte.

Allerdings ist im vorliegenden Fall bereits eine Wegnahme mehr als fraglich, da ein Einverständnis des Tankstelleninhabers vorliegen könnte. Es handelt sich bei der Tankstelle um Massenverkehr, bei dem der Tankstelleninhaber dem Kunden nicht erst nach festgestellter Zahlungsfähigkeit und Zahlungsbereitschaft den Gewahrsam am Benzin überträgt. Das (unbedingte) Einverständnis zur Einfüllung des Benzins muss richtigerweise schon bei einer ordnungsgemäßen Bedienung der Zapfsäule angenommen werden<sup>1</sup>, unabhängig davon, ob der Täter auch tatsächlich zahlungsbereit war oder nicht. Eine Wegnahme scheidet daher aufgrund des Einverständnisses aus.

#### **b) Strafbarkeit des S wegen Unterschlagung gem. § 246 StGB**

Mangels Vorsatz scheidet eine Strafbarkeit des S wegen Unterschlagung von vornherein aus. Die Frage, ob es bereits beim Einfüllen zu einer Eigentumsübertragung gekommen ist, kann damit erst einmal dahin gestellt bleiben.

#### **c) Strafbarkeit des S wegen Betruges gem. § 263 Abs. 1 StGB**

S könnte sich des Betrugs schuldig gemacht haben, indem er an der Kasse nur die Zeitschrift zahlte und verschwieg, zuvor auch getankt zu haben.

*Die Herausarbeitung der einschlägigen Tathandlung bereitet in den meisten Fällen keine großen Schwierigkeiten, doch sollte man diesen Schritt nicht unterschätzen: Eine saubere Formulierung der maßgeblichen Tathandlung ist unentbehrlich für die korrekte Lösung des Falles. Sie ha-*

*ken damit nicht nur für den Prüfer einen Punkt auf dem Prüfungsschema ab. Die Formulierung der Tathandlung greift vor allem der folgenden juristischen Subsumtion vor: Die saubere juristische Differenzierung des Sachverhaltes beginnt mit der Herausarbeitung der maßgeblichen Handlung. Sie tun sich selbst damit einen Gefallen, da Sie auf diese Weise irrelevanten Streitigkeiten aus dem Wege gehen können. Mit der richtigen Formulierung der Tathandlung gewinnen Sie Sicherheit und zeigen dem Korrektor bereits hier, dass Sie das Problem gesehen haben bzw. den Schwerpunkt des Falles aus dem Sachverhalt richtig aussortiert haben. Im vorliegenden Fall ist die Formulierung der Tathandlung besonders wichtig, weil sie für die Beurteilung der Vermögensverfügung eine maßgebliche Rolle spielt wie gleich noch zu sehen sein wird.*

Der objektive Tatbestand des Betrugs gem. § 263 Abs. 1 StGB setzt zunächst eine Täuschungshandlung voraus. Fraglich ist, ob S eine aktive Täuschungshandlung vorgenommen hat. S hat nicht ausdrücklich „gelogen“, er habe nicht getankt. Das Schweigen an der Kasse kann daher entweder nur als eine konkludente Täuschung oder aber als Täuschung durch Unterlassen qualifiziert werden. Maßgeblich hierfür ist, ob dem Verhalten des S eine konkludente Erklärung entnommen werden kann.

Die Frage, ob überhaupt und vor allem welcher Erklärungswert einem Verhalten beigemessen werden kann, ist durch Auslegung zu ermitteln. Es ist dabei irrelevant, wie der „Getäuschte“ die Handlung verstehen könnte. Entscheidend für die Abgrenzung zwischen Täuschung durch konkludentes Tun oder Unterlassen ist vielmehr, wie die allgemeine Verkehrsauffassung das Verhalten unter den konkreten Verhältnissen versteht<sup>2</sup> bzw. welche Erwartung der objektive Verkehr an eine Handlung stellt. Insbesondere gilt es die bei Tankstellen bestehende Geschäftssitte zu berücksichtigen, nach der man in der Regel selbst angeben muss, an welcher Zapfsäule man getankt hat - auch wenn die Mitarbeiter an der Kasse nicht direkt nach dem Tankverhalten fragen sollte. Zwecks Abgrenzung ist also mit anderen Worten die Frage zu stellen, was für den objektiven Geschäftsverkehr von Interesse ist. Will die Kassiererin an der Kasse wissen, was man gekauft hat oder was man alles nicht kaufen wollte? Bezieht sich das objektive „Geschäftsinteresse“ nur auf die Sachen, die man kaufen will, so gibt man auch nur eine Erklärung für die vorgelegten Sachen ab. Ein Schweigen über andere Gegenstände, die man „mitnimmt“, stellt dementsprechend ein Unterlassen dar. Speziell an der Tankstelle ist aber von Interesse, ob jemand getankt hat oder nicht. Aus diesem Grunde wird dem Verhalten jedes Kunden an einer Tankstelle ein Erklärungswert zu seinem Tankverhalten beigemessen. Anders verhält es sich bezüglich der Mitnahme von Gegenständen, die auch in „normalen“ Supermärkten angeboten werden. Hier wird an der Kasse gerade keine Erklärung über all die Sachen erwartet, die man nicht kaufen wollte, sodass

<sup>1</sup> So z.B. OLG Hamm NSTZ 1983, 266; Ferner auch S/S-Eser § 242 StGB, Rn. 36; NK-Kindhäuser § 242 StGB Rn. 48.

<sup>2</sup> NK-Kindhäuser § 263 StGB Rn. 109; S/S-Eser § 263 StGB Rn. 12, 14.

die nicht vorgelegten Kaufgegenstände auch nicht vom objektiven Erklärungswert der Handlung erfasst werden. Es muss somit vor dem Hintergrund der Geschäftssitte zwischen den Kaufobjekten unterschieden werden. Ein Schweigen an der Tankstelle enthält deshalb die konkludente Erklärung, nicht getankt zu haben<sup>3</sup>. Eine konkludente Täuschung liegt vor.

Durch das Schweigen wird der Irrtum des Mitarbeiters erregt, S habe nicht getankt.

Weiterhin müsste es zu einer Vermögensverfügung gekommen sein. Dabei ist hervorzuheben, dass die Vermögensverfügung hier weder in der Zustimmung zum Tanken noch in der Überlassung des Benzins liegt. Die Vermögensverfügung, die aufgrund des Irrtums vorgenommen wurde, ist die **Nichtgeltendmachung der Forderung**. Die Abgrenzung zwischen Betrug und Diebstahl spielt im vorliegenden Fall deshalb keine Rolle, weil es sich nicht um eine mögliche „Gewahrsamslockerung“ handelt. Der Angriffsgegenstand ist eine Forderung, die nicht zugleich auch Gegenstand eines Diebstahls sein kann.

Zu beachten ist, dass es sich im vorliegenden Fall um die Konstellation eines Dreiecksbetrugs handelt. Die Vermögensverfügung der KassiererIn kann dem Ladeninhaber aber ohne weiteres zugerechnet werden. So ist sie kraft ihrer Einstellung bereits rechtlich zur Geltendmachung der Forderung in seinem Namen befugt. Einer Auseinandersetzung mit den Theorien<sup>4</sup> bedarf es daher an dieser Stelle nicht.

Der Schaden liegt in der schadensgleichen Vermögensgefährdung. Das Wegfahren führt zwar rechtlich nicht zu einem Verlust der Forderung. Für die Ermittlung des Schadens iSd. § 263 Abs. 1 StGB ist jedoch auf eine rein faktische Betrachtungsweise abzustellen. Das Wegfahren macht eine Geltendmachung und rechtliche Durchsetzung der Forderung faktisch unmöglich. Es ist damit einem Verlust der Forderung gleichzusetzen.

Vorsatz liegt vor, Rechtfertigungsgründe und Entschuldigungsgründe sind nicht ersichtlich. S hat sich des Betruges gem. § 263 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

#### **d) Strafbarkeit des S wegen Unterschlagung gem. § 246 Abs.1 StGB**

S könnte sich wegen Unterschlagung strafbar gemacht haben, indem er mit dem unbezahlten Benzin davon fuhr. Das Benzin ist noch fremd, weil es nicht an S übereignet wurde. Die Mitarbeiter haben aufgrund des Schweigens keine Kenntnis von dem Tankvorgang, sodass auch keine Willenserklärung zur Eigentumsübertragung abgegeben wurde. Der Verbrauch des Benzins ist eine objektive Manifestation des Zueignungswillens. Die übrigen Vor-

<sup>3</sup> So auch OLG Düsseldorf JR 1985, 207.

<sup>4</sup> Ausführlich zu diesem Streitstand Fischer § 263 StGB Rn. 79 ff. mit weiteren Nachweisen.

aussetzungen der Strafbarkeit bereiten keine Probleme. Die Unterschlagung gem. § 246 Abs.1 StGB tritt jedoch entweder im Wege der Subsidiarität oder als mitbestrafte Nachtat hinter dem Betrug zurück.

## **2. Tatkomplex: Polizeikontrolle**

### **a) Strafbarkeit des S wegen Urkundenfälschung gem. § 267 Abs. 1 StGB**

S hat sich nicht wegen Urkundenfälschung strafbar gemacht. Der Personalausweis ist zwar eine Urkunde iSd. § 267 Abs. 1 StGB. Er ist jedoch nicht unecht im Sinne dieser Vorschrift. Eine unechte Urkunde liegt nur vor, wenn der Hersteller der Urkunde nicht zugleich auch der erkennbare Aussteller ist<sup>5</sup>. Die Identität des Ausstellers, hier also die ausstellende Stadt, wurde aber nicht manipuliert. S hat lediglich den Ausweis eines anderen vorgezeigt.

### **b) Strafbarkeit des S wegen Missbrauchs von Ausweispapieren gem. § 281 Abs. 1 StGB**

S hat sich des Missbrauchs von Ausweispapieren gem. § 281 Abs. 1 StGB schuldig gemacht. Ausweispapiere iSd. § 281 StGB sind solche Urkunden, die von einer Behörde ausgestellt worden sind, um die Identität einer Person zu beweisen<sup>6</sup>. Der Personalausweis ist ein solches Papier. Indem er dem Polizisten den Personalausweis vorzeigte, hat S das Ausweispapier auch gebraucht. Dass P das Manöver durchschaute, ist dabei unerheblich. Ein Gebrauch iSd. § 281 Abs. 1 StGB setzt gerade nicht voraus, dass der angestrebte Täuschungserfolg auch eintritt. Vorsatz des S liegt vor, Rechtswidrigkeit und Schuld unterliegen keinem Bedenken.

### **c) Strafbarkeit des S wegen Widerstands gegen Vollstreckungsbeamte gem. § 113 Abs. 1 StGB**

S könnte sich des Widerstands gegen Vollstreckungsbeamte schuldig gemacht haben, indem er bei der Überprüfung seiner Personalien durch P weglief. § 113 Abs. 1 StGB schützt Amtsträger bei der Ausführung einer Vollstreckungshandlung<sup>7</sup>. Der Tatbestand setzt eine konkrete Vollstreckungshandlung voraus, die von einer **allgemeinen Gesetzesanwendung** zu unterscheiden ist<sup>8</sup>. Im vorliegenden Fall stellt die Überprüfung des S eine auf den Einzelfall bezogene Vollziehungshandlung dar.

§ 113 Abs. 1 StGB erfordert allerdings als Tathandlung eine **Gewalthandlung**, die sich gegen den Vollstreckungsbeamten richtet<sup>9</sup>. S ist lediglich an P vorbeigelaufen. Er wollte sich zwar der Kontrolle entziehen, übte jedoch keine Gewalt aus, die auf die Person des P abzielte. Der Tatbestand des § 113 Abs. 1 StGB ist nicht erfüllt.

<sup>5</sup> Fischer § 267 StGB Rn. 30.

<sup>6</sup> Fischer § 275 StGB Rn. 2.

<sup>7</sup> S/S-Eser § 113 StGB Rn. 2.

<sup>8</sup> BGHSt 25, 313; Ferner S/S-Eser § 113 StGB Rn. 13.

<sup>9</sup> Fischer § 113 StGB Rn. 23; S/S-Eser § 113 StGB Rn. 40.

§ 113 Abs. 1 StGB scheidet ebenfalls aus, wenn man auf den Umsturz der Mülltonne abstellt. P handelte nicht vorsätzlich. Er warf lediglich versehentlich die Mülltonne um.

#### **d) Strafbarkeit des S wegen Sachbeschädigung gem. § 303 Abs. 1 StGB**

Mangels Vorsatz scheidet damit auch eine Strafbarkeit des S wegen Sachbeschädigung aus. Eine fahrlässige Sachbeschädigung ist nicht strafbar.

#### **e) Strafbarkeit des S wegen Strafvereitelung gem. § 258 Abs. 1 StGB**

S hat sich nicht der Strafvereitelung schuldig gemacht, weil die vermeintliche Strafe ihm selbst und nicht „einem anderen“, drohte.

#### **f) Strafbarkeit des S wegen Bestechung gem. §§ 334 Abs. 1, 25 Abs. 2 StGB**

S könnte sich der mittäterschaftlichen Bestechung gem. §§ 334 Abs. 1, 25 Abs. 2 StGB schuldig gemacht haben, indem er F bat, P die verlangten 100 Euro zu geben. Der objektive Tatbestand des § 334 Abs. 1 StGB setzt dabei voraus, dass der Vorteil für eine bestimmte Diensthandlung gewährt wird<sup>10</sup>. Fraglich ist jedoch, ob die Bezugshandlung, das Stellen des Strafantrags, eine Diensthandlung darstellt.

Unabhängig von der Frage, ob S wegen der zerrissenen Hose strafrechtlich belangt werden kann, ist die Antragsstellung eine Handlung, die nicht zu dem öffentlich-rechtlichen Aufgabenkreis des P gehört. Antragsberechtigt nach § 77 Abs. 1 StGB ist grundsätzlich nur derjenige, der durch die Tathandlung verletzt wird. Sollte ein Polizist während der Dienstzeit Opfer einer Straftat werden, so kann er als Verletzter wie jeder andere Bürger einen Strafantrag stellen. Den Antrag stellt P auch deshalb in seiner Eigenschaft als verletzter Bürger, weil er hierzu dienstlich nicht verpflichtet ist. Die Antragsstellung ist insbesondere von der, ebenfalls ein Verfahren einleitenden, Ermittlungsaufnahme durch die Staatsanwaltschaft zu unterscheiden. Eine Strafbarkeit des S gem. §§ 334 Abs. 1, 25 Abs. 2 StGB scheidet mithin aus.

#### **g) Strafbarkeit des S wegen Vorteilsgewährung §§ 333 Abs. 1, 25 Abs. 2 StGB**

S könnte sich der mittäterschaftlichen Vorteilsgewährung schuldig gemacht haben, indem er F bat, das verlangte Geld an P auszuhändigen. Ein Vorteil iSd. § 333 Abs. 1, 25 Abs. 2 StGB liegt allerdings nur dann vor, wenn die Leistung den Amtsträger materiell in seiner wirtschaftlichen Lage besserstellt<sup>11</sup>. Somit ist die Zuwendung dann keine Besserstellung, wenn der Amtsträger einen Anspruch auf die Zuwendung hat. Dem P könnte aufgrund der zerrissenen Hose einen Schadensersatzanspruch gegen S aus § 823 Abs. 1 BGB zustehen.

<sup>10</sup> Wessels/Hettinger Strafrecht BT Rn. 1101.

<sup>11</sup> BGHSt 31, 279; S/S-Eser § 331 StGB Rn. 17.

Der Anspruch aus § 823 Abs. 1 BGB setzt zunächst eine Rechtsgutverletzung voraus, die adäquat kausal durch die Handlung herbeigeführt worden ist. Das Umstoßen der Mülltonne ist ursächlich für das Zerreißen der Hose. Fraglich ist jedoch, ob ein adäquater Zurechnungszusammenhang besteht. Dieser könnte verneint werden, da die Verletzung an sich auf einem freien Willensentschluss des P beruhte (sog. Verfolger-Problematik)<sup>12</sup>. Allerdings ist in diesen Konstellationen dem Schädiger der Schaden dennoch zumindest immer dann zuzurechnen, wenn die Handlung des Verletzten durch den Schädiger herausgefordert wurde und keine übermäßige Reaktion des Verletzten selbst darstellt<sup>13</sup>. Letzteres ist insbesondere dann anzunehmen, wenn der Eingreifende nach dem Normzweck sich zum Eingreifen verpflichtet fühlen durfte<sup>14</sup>. P ist als Polizist nicht nur berechtigt, die Verfolgung aufzunehmen, sondern hierzu sogar verpflichtet. Die Verfolgungsmaßnahme befindet sich im Rahmen der gewöhnlichen Dienstausbildung aus der Sicht eines Polizisten. In dem konkreten Fall hat P auch keine Maßnahme mit hohem Risikopotenzial ergriffen, die den Zurechnungszusammenhang unterbrechen würde<sup>15</sup>. Der Fliehende muss insbesondere bei einem Beamten, dessen Aufgabe die Strafverfolgung und Strafaufklärung ist, mit erhöhtem Risikoeinsatz rechnen<sup>16</sup>. Die Verfolgung kann daher als unmittelbare Konsequenz der Flucht qualifiziert werden. Der Sturz und die Beschädigung der Hose erscheinen vor diesem Hintergrund als gewöhnliche Folgen der Flucht. Die übrigen Voraussetzungen des Anspruchs aus § 823 Abs. 1 BGB unterliegen keinem Bedenken. Der Anspruch ist auch nicht auf den Dienstherrn übergegangen, weil der Anspruchsübergang nach § 99 LBG NRW nur bei Körperverletzung und Tötung des Beamten erfolgt.

Es ist auch in strafrechtlichen Klausuren durchaus denkbar, dass sie inzident die Prüfung zivilrechtlicher Fragen erfordern, wie etwa die Eigentumsverhältnisse bei der Fremdheit einer Sache oder den Vollmachtsmissbrauch bei der Untreue. Man muss an dieser Stelle nicht zwingend eine ausführliche zivilrechtliche Anspruchsprüfung vornehmen. Wichtig ist nur, dass der Prüfling die maßgeblichen Eckpunkte der Anspruchsgrundlage darlegt. Vor allem eine präzise Beurteilung des Zurechnungszusammenhangs ist entscheidend.

Eine Vorteilsgewährung scheidet aus, weil die Zuwendung eine Leistung darstellt, auf die P einen Anspruch hat.

#### **h) Strafbarkeit der F wegen Strafvereitelung § 258 Abs. 1 StGB**

F könnte sich wegen Strafvereitelung strafbar gemacht haben, indem sie P 100 € gab, um ihn von der Strafanzeige

<sup>12</sup> BGH NJW 1996, S. 1533.

<sup>13</sup> BGHZ 57, 25 (28); 63, 189 (191); 132, 164 (166).

<sup>14</sup> Erman-Ebert vor §§ 249 – 253 BGB Rn. 57.

<sup>15</sup> Zur Gefahrenverlagerung bei Risikomaßnahmen der Polizei: BGHZ 132, 164 (167).

<sup>16</sup> BGHZ 132, 164 (167).

abzuhalten. Eine Strafvereitelung scheidet jedoch deshalb aus, weil die Beschädigung der Hose keine rechtswidrige Tat darstellt. Die fahrlässige Sachbeschädigung ist nicht strafbar.

### **i) Strafbarkeit der F wegen versuchter Strafvereitelung §§ 258 Abs. 1, 4; 22, 23 StGB**

F könnte sich jedoch wegen versuchter Strafvereitelung schuldig gemacht haben, indem sie P das Geld gab. Die Tat ist nicht vollendet, weil keine rechtswidrige Tat vorliegt. Die versuchte Strafvereitelung ist nach § 258 Abs. 4 StGB strafbar.

F müsste Tatentschluss hinsichtlich der objektiven Tatbestandsmerkmale der Strafvereitelung haben. Zweifelhaft ist, ob ein Tatentschluss hinsichtlich einer rechtswidrigen Tat vorlag. F hoffte im vorliegenden Fall, dass P „die Strafe“ unter dem Tisch fallen lassen würde. Sie geht also irrtümlich davon aus, dass die fahrlässige Sachbeschädigung strafbar sei. Fraglich ist, ob dieser Irrtum einen untauglichen Versuch begründet oder zu einem straflosen Wahndelikt führt<sup>17</sup>. Die Abgrenzung zwischen Wahndelikt und untauglichem Versuch hängt nach der Rechtsprechung maßgeblich von der Parallelwertung in der Laiensphäre ab<sup>18</sup>. Es kommt darauf an, ob der Täter den sozialen Sinngehalt der Norm grundsätzlich in einer Weise erfasst hat, wie es von einem juristischen Laien erwartet werden kann<sup>19</sup>.

Zunächst kann die Unterscheidung mit der Feststellung erleichtert werden, dass es sich beim Wahndelikt um einen „umgekehrten“ Verbotsirrtum und beim untauglichen Versuch um einen „umgekehrten“ Tatbestandsirrtum handelt<sup>20</sup>. Der Täter ist sich bei Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum der Tatsache subjektiv nicht bewusst, dass sein Handeln objektiv den Straftatbestand erfüllt. Dagegen beabsichtigt der Täter bei Wahndelikt und untauglichem Versuch mit seinem Handeln sehr wohl die Herbeiführung eines nach seiner Vorstellung strafwürdigen Erfolges. Beim untauglichen Versuch nimmt der Täter subjektiv fälschlicherweise einen Sachverhalt an, der – wenn es tatsächlich vorläge – erfolgstauglich ist. Beim Wahndelikt stellt der Täter sich ein Delikt vor, das in Wahrheit nicht unter Strafe steht. Hierzu gehört auch die Konstellation, dass die Strafnorm zwar an sich besteht, der Täter die Norm aber lediglich falsch auslegt<sup>21</sup>. Die Abgrenzungskriterien zwischen Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum lassen sich dementsprechend heranziehen. Verkennt der Täter die maßgeblichen objektiven Umstän-

de, so handelt es sich um einen untauglichen Versuch. Erfasst er sie hingegen zutreffend, irrt sich aber über die rechtliche Tragweite des Verbotes, so liegt ein strafloses Wahndelikt vor.

Im vorliegenden Fall wird die Abgrenzung jedoch noch zusätzlich dadurch erschwert, dass die „rechtswidrige Tat“ als objektives Tatbestandsmerkmal zugleich auch eine normative Wertung beinhaltet<sup>22</sup>. Nach der Lehre von der Parallelwertung läge demnach ein untauglicher Versuch vor, wenn der Täter den sozialen Sinn des Tatbestandes aus der Perspektive eines Laien falsch bewertet hätte. Ein strafloses Wahndelikt wäre dagegen anzunehmen, wenn der Täter trotz Kenntnis der Bedeutung die Tragweite einer Verbotsnorm zu seinen Ungunsten falsch auslegt<sup>23</sup>. Man könnte einen untauglichen Versuch mit dem Argument bejahen, dass F die wesentliche Tragweite und Bedeutung der Strafvereitelung verkannt hat. Sie hat die Bedeutung der rechtswidrigen Tat nicht richtig erfasst, weil sie die fahrlässige Sachbeschädigung irrtümlich als strafbar betrachtete. Überzeugender ist aber die Annahme eines Wahndeliktes, da F die objektiven Umstände richtig erfasste und lediglich den rechtlichen Umfang des Verbotes fehlerhaft wertete<sup>24</sup>. F wusste sehr wohl, dass die rechtswidrige Tat nach § 11 Nr. 5 StGB eine solche sein muss, die einen Tatbestand des StGB erfüllt. Sie hat somit den sozialen Sinngehalt des Tatbestandsmerkmals „rechtswidrige Tat“ aus der Perspektive eines juristischen Laien richtig erfasst. Sie subsumierte aber Taten darunter, die keinen Straftatbestand erfüllen: F hielt die fahrlässige Sachbeschädigung fälschlicherweise für eine „rechtswidrige Straftat“. Der maßgebliche Fehler der F lag also darin, ein richtig erkanntes Verhalten falsch subsumiert zu haben<sup>25</sup>. Beide Ergebnisse sind aber mit entsprechender Begründung vertretbar<sup>26</sup>.

## **3. Tatkomplex: Cafeteria**

### **a) Strafbarkeit der F wegen Diebstahls gem. § 242 Abs. 1 StGB**

F könnte sich des Diebstahls gem. § 242 Abs. 1 StGB schuldig gemacht haben, indem sie den Kaffee austrank.

<sup>17</sup> Lehrreich zu der Abgrenzung zwischen untauglicher Versuch und Wahndelikt: Kühl Strafrecht AT § 15 Rn. 96 ff.; Schmitz Jura 2003, S. 593; übersichtlich zum Streitstand Roxin JZ 1996, S. 981.

<sup>18</sup> BGHSt 3, 248 (255); 4, 347 (352); außer der Rechtsprechung S/S-Sternberg-Lieben § 15 StGB Rn. 43a; Fischer § 16 StGB Rn. 14; Kaufmann, Die Parallelwertung in der Laiensphäre, 1982; Roxin AT I 12/101; Baumann/Weber/Mitsch § 21 Rn. 4 ff.; Kühl AT § 5 Rn. 93; wohl auch LK-Vogel § 16 StGB Rn. 25 ff.

<sup>19</sup> S/S-Sternberg-Lieben § 15 StGB Rn. 43a.

<sup>20</sup> S/S-Eser § 22 StGB Rn. 78; Fischer § 22 StGB Rn. 49; NK-Paeffgen, Vor § 32 StGB Rn. 248; kritisch gegen die sog. Parallelwertung in der Laiensphäre und eingehend zu der Frage des Irrtums über normative Tatbestandsmerkmale NK-Puppe § 16 StGB Rn. 45 ff.

<sup>21</sup> Kühl Strafrecht AT § 15 Rn. 99; Fischer § 22 StGB Rn. 51.

<sup>22</sup> Übersichtliche Darstellung dieses Problems bei Fischer § 22 StGB Rn. 51 ff..

<sup>23</sup> Kühl Strafrecht AT § 15 Rn. 99.

<sup>24</sup> Hier könnte man auch die Situation als Vergleich heranziehen, bei der eine Urkunde aufgrund der Verletzung einer Formvorschrift nicht als Urkunde iSd. § 267 StGB gewertet werden kann, hierzu Herzberg/Scheinfeld JuS 2003, 881 (886).

<sup>25</sup> Äußerst lehrreich zu dem Problem des Irrtums über normative Tatbestandsmerkmale auch die Entscheidung OLG Düsseldorf NSTZ 2001, S. 482 mit anschließender Anmerkung von Puppe; in diesem Fall bezog sich der Irrtum auf das Vorliegen einer Urkunde iSd. § 267 StGB.

<sup>26</sup> Für Wahndelikt Roxin AT I § 12 Rn. 92; Die Rechtsprechung ist selbst bei diesem Fall, wenn die Vortat für die Strafvereitelung entgegen der Wertung des vermeintlichen Strafvereitlers keine rechtswidrige Tat darstellt, uneinheitlich: Für Wahndelikt BayOLG JZ 1981, 715; für untauglichen Versuch BGHSt 15, 210; widersprüchliche Rechtsprechung zu der Abgrenzung untauglicher Versuch und Wahndelikt vor dem Hintergrund eines Irrtums über das Vorliegen einer Urkunde BGHSt 7, 53 (untauglicher Versuch), BGHSt 13, 235 (Wahndelikt); ausführlich mit überzeugender Kritik gegen die Lehre der sog. Parallelwertung NK-Puppe § 16 StGB Rn. 45 ff..

Fraglich ist jedoch bereits, ob es sich bei dem Becher Kaffee überhaupt um eine fremde Sache handelt. Beim Einfüllen des Kaffees in den Becher könnte bereits eine Übereignung stattgefunden haben.

Die Eigentumslage bzw. die Voraussetzungen einer Übereignung richten sich nach den Vorschriften des BGB. §§ 929 ff. BGB setzen eine Einigung über die Eigentumsübertragung voraus. Bei einem Selbstbedienungsladen ist, wenn eine ausdrückliche Vereinbarung des Eigentumsvorbehaltes nicht getroffen wurde, eine solche nach herrschender Meinung erst beim Bezahlen anzunehmen<sup>27</sup>. Es ist schwer einzusehen, warum die Abwicklung der Eigentumsübertragung bei einem alltäglichen Bargeschäft vor der Leistung des Kaufpreises vollzogen werden soll<sup>28</sup>. Die Interessenlage ist auch beim Einfüllen des Kaffees nicht anders zu beurteilen, selbst wenn der Einfüllvorgang nicht rückgängig gemacht werden kann. Dabei ist die Eigentumslage von der Frage, ob ein möglicher Kaufvertrag durch das Einfüllen zustande kommt, zu trennen. Der Kunde macht sich allenfalls an der Kasse schadensersatzpflichtig, wenn der Kaffee nicht anderweitig verkauft werden kann. Der Kaffee ist somit noch fremd<sup>29</sup>.

Das Austrinken des Kaffees ist eine Wegnahme. Fraglich ist aber, ob ein Einverständnis des Ladeninhabers vorliegt, welches tatbestandlich die Wegnahme ausschließt. Bei lebensnaher Auslegung des Sachverhaltes wird der Ladeninhaber jedoch die Eigentumsübertragung regelmäßig von der Bezahlung abhängig machen. Der Verzehr als Ausdruck der Eigentumsnutzung entspricht daher nicht dem Willen des Inhabers. Ferner kann man bei einem einfachen Bargeschäft davon ausgehen, dass der Ladeninhaber stets eine Leistungsabwicklung Zug um Zug vorzieht. Ein generelles Einverständnis zum vorzeitigen Verzehr würde einem Vorleisten ohne jede Sicherheit gleichkommen, so dass der Ladeninhaber bei jedem Kunden den faktischen Verlust der Forderung in Kauf nehmen müsste, wenn sich die Zahlungsforderung nicht mehr durchsetzen lässt. Ein Einverständnis ist daher abzulehnen.

Ferner ist problematisch, ob F vorsätzlich handelte. F hält den Verzehr vor der Zahlung für „erlaubt“, weil sie zu diesem Zeitpunkt zahlungsbereit war. Die Annahme der F lässt mehrere Beurteilungsmöglichkeiten zu. Es kann sich zum einen um einen vorsatzausschließenden Tatbestandsirrtum gemäß § 16 StGB handeln, weil F irrümlich von einem gegebenen Einverständnis des Ladeninhabers ausging. Wie oben bereits erläutert wurde, kann ein Einverständnis zum

Verzehr der Ware bei einem einfachen Bargeschäft nicht generell bejaht werden, da der Ladeninhaber in der Regel wohl eine Leistungsabwicklung Zug um Zug bevorzugen dürfte. Allerdings müsste diese einfache Interessenlage auch die F durchblicken haben. Die Fehlvorstellung bezieht sich somit nicht auf das Vorliegen eines vermeintlichen Einverständnisses. Ein Tatbestandsirrtum scheidet aus. F handelte mit Vorsatz.

Lehnt man das Vorliegen eines Tatbestandsirrtums ab, ist aber weiterhin fraglich, ob F mit Absicht rechtswidriger Zueignung handelte. Eine Zueignung ist dann rechtswidrig, wenn kein fälliger Anspruch auf die Übereignung besteht<sup>30</sup>. Die Beurteilung der rechtswidrigen Zueignungsabsicht zieht im vorliegenden Fall zwei Fragen nach sich: 1. Wurde der schuldrechtliche Vertrag beim Einfüllen des Kaffees bereits geschlossen, sodass F einen Anspruch auf die Übereignung des Kaffees hat? Und 2. Wie wirkt sich, sollte man den Vertragsschluss verneinen, der Irrtum der V, einen Anspruch auf die Übereignung zu haben, auf die Prüfung der Strafbarkeit aus?

Der Vertragsschluss über den Kaffee setzt ein verbindliches Angebot und eine darauf bezogene Annahmeerklärung voraus. Fraglich ist, ob es sich bei dem Kaffee aus dem Automaten um eine *invitatio ad offerendum* handelt oder bereits ein verbindliches Angebot an einen unbestimmten Personenkreis (*offerte ad incertas personas*) darstellt. Es kommt darauf an, ob der Ladeninhaber mit der Aufstellung des Kaffeeautomaten bereits ein verbindliches Angebot abgeben möchte. Speziell im vorliegenden Fall ist bei der Abgrenzung zweierlei zu bedenken. Zum einen kann der entnommene Kaffee nicht mehr zurückgestellt oder anderweitig verwendet werden. Zum anderen besteht bei den Waren für den Verkäufer nicht die Gefahr, sich „endlos“ zu binden. Für den Kunden ist es ohne Weiteres ersichtlich, dass sich das verbindliche Angebot nur auf die sichtbar vorhandenen Waren bezieht. Eine Konstruktion über die *invitatio ad offerendum* ist für den Ablauf des Geschäftsverkehrs überflüssig, weil der Verkäufer keine grenzenlosen Bindungsrisiken befürchten muss<sup>31</sup>. Das Angebot ist auch deshalb verbindlich, weil das Einfüllen einen Vorgang darstellt, den der Aufsteller nicht ohne weiteres nach Betätigung der Maschine noch rückgängig machen kann. Für das Zustandekommen des Verpflichtungsgeschäftes ist die Zahlung schließlich keine notwendige Bedingung. Die von dem Ladeninhaber bevorzugte Leistung Zug um Zug betrifft nicht die Verpflichtung, sondern die Erfüllung bzw. Erfüllungsmodalität. Ein Angebot liegt vor<sup>32</sup>.

Fraglich ist jedoch, ob der Kunde den Kaffee bereits bei

<sup>27</sup> So LK-Vogel § 242 StGB Rn. 27; NK-Kindhäuser § 242 StGB Rn. 17; Borchert/Hellmann NJW 1983, 2799 (2802); Deutscher NStZ 1983, 507; Otto JZ 1985, 21 (22); Schramm JuS 2008, 678 (680).

<sup>28</sup> So aber OLG Düsseldorf JR 1982, 343 mit zustimmender Anm. Herzberg, S. 344; NStZ 1985, 270. In den beiden Entscheidungen wurde die Eigentumsübertragung schon beim Einfüllen des Benzins an einer Selbstbedienungstankstelle angenommen, bevor der Kunde an der Kasse bezahlt hat.

<sup>29</sup> Ein anderes Ergebnis ist auch hier mit entsprechender Begründung vertretbar.

<sup>30</sup> Wessels/Hillenkamp BT 2 Rn. 200.

<sup>31</sup> Anders Erman-Armbrüster § 145 BGB Rn. 10, der hier erst bei der Zahlung an der Kasse ein Angebot des Kunden bejaht. Eine Ausnahme soll etwa dann gelten, wenn der Entnahmevergange unumkehrbar ist, Rn. 10.

<sup>32</sup> A.A. vertretbar, gegen ein bereits verbindliches Angebot beim Aufstellen von Zapfsäulen an der Tankstelle trotz Unumkehrbarkeit des Einfüllens OLG Düsseldorf JR 1982, 343.

der Entnahme oder erst bei der Zahlung annimmt. Man könnte erst in der Zahlung an der Kasse eine Annahme sehen, da der Kunde sich das Recht vorbehält, vor der Zahlung sich noch anders entscheiden zu können. Ferner möchte er auch nicht das Risiko eines zufälligen Untergangs tragen<sup>33</sup>. Es ist aber nochmals auf den Einfüllvorgang hinzuweisen, der nicht rückgängig gemacht werden kann. Wenn sich der Entnahmeprozess der Ware nicht umkehren lässt, ist bei der Entnahme bereits von der Annahme eines verbindlichen Angebotes auszugehen<sup>34</sup> (insoweit besteht eine vergleichbare Parallele zum Tankvorgang). Ein Kaufvertrag ist zustande gekommen. F hat einen Anspruch auf die Übereignung des Kaffees. Der Anspruch ist jedoch noch nicht fällig, weil die Übereignung nur Zug um Zug gegen die Zahlung vollzogen werden kann. Die Zueignung ist daher rechtswidrig. Die irri- ge Annahme der V, dass der Verzehr vor der Kasse erlaubt sei, könnte ein Irrtum über die Rechtswidrigkeit der Zueignung darstellen.

Die Rechtswidrigkeit der Zueignung ist ein normatives Tatbestandsmerkmal. Ein Irrtum über dessen Vorliegen führt nach der h.M. zu einem Tatbestandsirrtum<sup>35</sup>, wenn der Täter die Bedeutung des normativen Tatbestandsmerkmals aus der Sicht eines juristischen Laien nicht richtig erfasst<sup>36</sup>. Die h.M. fordert mit anderen Worten für den Tatbestandsvorsatz über die Erfassung des objektiven Sachverhaltes hinaus, dass der Täter den sozialen Sinngehalt des inkriminierten Vorgangs<sup>37</sup> erkannt hat. Kein Verbotsirrtum, sondern ein Tatbestandsirrtum liegt daher vor, wenn der Täter ein normatives Tatbestandsmerkmal in seiner sozialen Sinnbedeutung nicht kennt und es in der Laiensphäre parallel falsch wertet<sup>38</sup>. Dabei ist nicht erforderlich, dass der Täter die exakte Bedeutung des Normbegriffes kennt<sup>39</sup>. Kennt der Täter dagegen die wesentliche Bedeutung des gesetzlichen Tatbestandes und subsumiert irrtümlicherweise sein Verhalten falsch darunter, so ist die irri- ge Annahme ein Subsumtionsirrtum, der zu einem Verbotsirrtum führen kann<sup>40</sup>. F verzehrt den Kaffee in der irri- gen Annahme, ihr

<sup>33</sup> Staudinger/Bork § 145 BGB Rn. 7.

<sup>34</sup> So etwa für das Tanken bei einer Selbstbedienungstankstelle: Palandt-Ellenberger § 145 BGB Rn. 8; Staudinger/Bork BGB § 145 Rn. 8; Müko-Kramer § 145 BGB Rn. 12; Erman-Armbrüster § 145 BGB Rn. 10.

<sup>35</sup> Die Abgrenzung zwischen Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum ist immer noch sehr umstritten, für die Examensvorbereitung ist eine abschließende Auseinandersetzung mit den gegebenen Lösungsansätzen jedoch nicht erforderlich. Für die Klausur reicht es aus, dass man die Linie der herrschenden Meinung kennt und das Problem der normativen Tatbestandsmerkmale sauber herausarbeitet. Eine über- durchschnittliche Arbeit soll die Abgrenzungsschwierigkeit hervor- heben können und den konkreten Fall unter den bekannten Kriterien subsumieren. Übersichtlich und lehrreich für die Examensvorbereitung zu der Abgrenzung zwischen Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum Roxin AT 1 § 12 Rn. 101 ff.

<sup>36</sup> S. Rn. 19.

<sup>37</sup> Roxin AT 1 § 12 Rn. 101 ff.

<sup>38</sup> Fischer § 16 StGB Rn. 14 und da m.w.N..

<sup>39</sup> Kritisch, aber überzeugend und ausführlich gegenüber dem Kriterium der „Parallelwertung in der Laiensphäre“ NK-Puppe § 16 StGB Rn. 45.

<sup>40</sup> Fischer § 16 StGB Rn. 13; Zu der Abgrenzung zwischen Tatbe-

stehe ein fälliger Anspruch darauf zu. Sie verkennt damit den Umstand, den der Gesetzgeber für die Rechtswidrigkeit der Zueignung verlangt. F hat laienhaft den sozialen Sinngehalt der rechtswidrigen Zueignung nicht richtig gewertet. Die irrtümliche Annahme des Täters, es bestehe ein fälliger Anspruch auf die Leistung, ist daher im Rahmen des Diebstahls ein Tatbestandsirrtum<sup>41</sup>. Der Vorsatz ist in den Fällen der normativen Tatbestandsmerkmale nicht schon dann anzunehmen, wenn der Täter die tatsächlichen Umstände kennt, aus denen sich ergibt, dass ihm ein Anspruch nicht zusteht. Vielmehr muss der Täter diese Umstände aus seiner Perspektive als Laie daraufhin überprüfen, ob sich hieraus für ihn ein durchsetzbarer und fälliger Anspruch ergibt<sup>42</sup>. F handelt demnach aufgrund des Tatbestandsirrtums nach § 16 StGB vorsatzlos.

## b) Strafbarkeit der F wegen Unterschlagung § 246 StGB

Die Prüfung der Unterschlagung ist nur dann vorzunehmen, wenn die Strafbarkeit des Diebstahls verneint wurde. Der Irrtum der F kann auch in diesem Zusammenhang zu unterschiedlichen Ergebnissen führen.

Zunächst könnte die irri- ge Annahme der F im Rahmen der Unterschlagung ein Irrtum über die Rechtswidrigkeit der Zueignung sein. Die rechtswidrige Zueignung ist auch hier ein normatives Tatbestandsmerkmal, so dass ein Irrtum über sein Vorliegen als Tatbestandsirrtum einzuordnen ist<sup>43</sup>, wenn der Täter den sozialen Sinngehalt des Tatbestandes verkennt (s.o.). F handelt demnach vorsatzlos.

Lehnt man dies ab, so kommt ein Erlaubnistatbestandsirrtum in Frage, wenn F davon ausgeht, der Ladeninhaber sei bei bestehender Zahlungsbereitschaft mit dem vorzeitigen Verzehr einverstanden. Anders als beim Diebstahl ist die Zustimmung des Berechtigten bei einer Unterschlagung als Einwilligung zu qualifizieren. Ein Irrtum über eine vermeintlich bestehende Einwilligung ist ein Irrtum über das vermeintliche Vorliegen einer Rechtfertigungslage und damit ein Erlaubnistatbestandsirrtum. Im vorliegenden Fall ist eine Einwilligung aber aus denselben Gründen wie bei einem Einverständnis zum vorzeitigen Verzehr im Rahmen standsirrtum und Verbotsirrtum bei normativem Tatbestandsmerkmal lehrreich Roxin AT 1 § 12 Rn. 92.

<sup>41</sup> So für § 242 StGB Fischer § 16 StGB Rn. 15; Roxin AT I § 12 Rn. 103; Für die Rechtswidrigkeit der Bereicherung im Rahmen einer Erpressung: BGHSt 48, 322 (328); BGH NSStZ 2002, 481, 597.

<sup>42</sup> So für einen Tatbestandsirrtum im Rahmen einer Erpressung BGHSt 48, 322 (328).

<sup>43</sup> Die Abgrenzung zwischen Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum ist immer noch sehr umstritten, für die Examensvorbereitung ist eine abschließende Auseinandersetzung mit den gegebenen Lösungsansätzen jedoch nicht erforderlich. Für die Klausur reicht es aus, dass man die Linie der herrschenden Meinung kennt und das Problem der normativen Tatbestandsmerkmale sauber herausarbeitet. Eine über- durchschnittliche Arbeit sollte die Abgrenzungsschwierigkeit hervor- heben können und den konkreten Fall unter den bekannten Kriterien subsumieren. Übersichtlich und lehrreich für die Examensvorbereitung zu der Abgrenzung zwischen Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum Roxin AT 1 § 12 Rn. 101 ff.

der Diebstahlsprüfung abzulehnen. Die Annahme eines Tatbestandsirrtums ist hier näherliegend.

### c) Strafbarkeit der F wegen Betrugs durch Unterlassen § 263 Abs. 1, 13 StGB

F könnte sich aber durch das Verschweigen an der Kasse wegen Betrugs durch Unterlassen strafbar gemacht haben, indem sie den Verzehr des Kaffees nicht anzeigte. Auch hier muss zwischen einer aktiven Täuschung durch konkludente Handlung und einer Täuschung durch Unterlassen abgegrenzt werden. Der Unterschied zu dem ersten Tatkomplex besteht darin, dass eine Erklärung hinsichtlich des Kaffees von der Verkehrssitte nicht erwartet wird. Anders als beim Tankverhalten ist nicht von Interesse, ob der Kunde noch andere Gegenstände als die vorgelegten Waren erwerben will. Mit der Vorlage der entnommenen Waren erklärt der Kunde daher lediglich, dass er allein diese kaufen will. Es handelt sich bei der Nichtaufklärung über den verzehrten Kaffee aus diesem Grund um ein Unterlassen.

Fraglich ist ferner, ob F die notwendige Garantenstellung besitzt. Eine Garantenstellung könnte sich zunächst aus einer vertraglichen Verpflichtung ergeben. Die Rechtsprechung nimmt eine vertragliche Garantenpflicht außerhalb

der Fälle, in denen eine Aufklärungspflicht ausdrücklich vereinbart worden ist, jedoch nur bei besonderen Vertrauensverhältnissen oder einer dauerhaften Geschäftsbeziehung an<sup>44</sup>. Damit rückt die Rechtsprechung wieder von ihren früheren Ansätzen ab, bei denen sie die Garantenpflicht lediglich aus dem Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) herleitete<sup>45</sup>. Der Vertragsschluss allein reicht für die rechtliche Einstandspflicht nicht aus. Im vorliegenden Fall liegt über den einfachen Vertragsschluss (sollte man einen solchen bejaht haben) kein besonderes Vertrauensverhältnis zwischen dem Ladeninhaber und der F vor. Eine Garantenpflicht ist nicht gegeben<sup>46</sup>.

### Gesamtergebnis:

S hat sich tatmehrheitlich des Betruges und des Missbrauchs von Ausweispapier schuldig gemacht. F ist nach der hier vertretenen Lösung straffrei.

<sup>44</sup> BGHSt 46, 196 (203); BGH NJW 2010, 1087 (1090).

<sup>45</sup> BGHSt 6, 198.

<sup>46</sup> Vertretbar ist das gegenteilige Ergebnis bei entsprechender Begründung. Denkbar ist auch die Begründung der Garantenpflicht aus einem Vorverhalten (Ingerenz) oder aus vorvertraglicher Verhaltenspflicht gem. §§ 311 II, 241 II BGB.