

# Fortgeschrittenenklausur: „Das getäuschte Opfer als Täter“\*

Von Prof. Dr. Kai Cornelius, LL.M., Wiss. Mitarbeiter Dominik Birner, Regensburg\*

## Sachverhalt

### Teil 1

Benedikt ist in ganz Regensburg als besonders naiv bekannt, was der geldgierige Anton ausnutzen möchte. Benedikt führt ein Girokonto bei der Y-Bank. Diese hat ihm eine Bankkarte samt zugehöriger Geheimnummer (PIN) überlassen, unter deren Eingabe er an Geldautomaten der Y-Bank kostenlos Geld abheben kann. Anton, den Benedikt nicht persönlich kennt, wendet folgenden Trick an:

Er sucht Benedikt zu Hause auf und stellt sich als Sicherheitsinspektor im Auftrag der Y-Bank vor. Anton gibt vor, dass das Computersystem der Bank von einem Computervirus angegriffen worden sei, welcher in die Kundenkonten eindringen und gespeicherte Geldbeträge „auffressen“ könne. Lediglich die Geldautomaten seien noch nicht befallen. Anton müsse deshalb schnellstmöglich Benedikts Bankkarte und PIN erhalten, um sich an einem Geldautomaten einzuloggen; von dort aus würde er Benedikts Konto mit einem speziell entwickelten Virenschutz-Programm versehen. Wider Erwarten äußert Benedikt Zweifel; als Anton jedoch verspricht, das ersparte Geld des Benedikt nicht anzurühren und nochmals eindringlich vor der immensen Gefahr warnt, gibt dieser sich zufrieden. Benedikt hält es letztlich für wahrscheinlicher, dass Anton die Wahrheit sagt, als dass er lügt. Er sieht deshalb auch keine Notwendigkeit, Rückfrage bei der Y-Bank zu stellen oder Anton zu begleiten, sondern gibt die Bankkarte und eine Notiz mit der PIN direkt an Anton heraus. Nachdem Anton das Grundstück des Benedikt verlassen hat, überkommt ihn plötzliche Reue. Er überlegt es sich anders und wirft die Bankkarte in Benedikts Briefkasten. Die Notiz mit der PIN vernichtet er.

### Teil 2

Nach Antons Besuch glaubt der verstörte Benedikt, auch seinen privaten PC vor gefährlichen Computerviren schützen zu müssen. Deshalb sucht er eilig das Computerfachgeschäft der Franziska in der Regensburger Innenstadt auf, welche an diesem Tag selbst an der Kasse arbeitet. Da er seine Bankkarte noch nicht gefunden und kaum Bargeld zu Hause hat, plant er – möglichst ohne Bezahlung – an ein Virenschutz-Programm zu kommen:

---

\* Der erste Teil der Klausur vertieft Probleme des Betrugs (Irrtum bei Zweifeln, Gefährdungsschaden), der zweite behandelt Abgrenzungsfragen zwischen Diebstahl und Betrug. Die Klausur wurde an der Universität Regensburg im Wintersemester 2016/2017 als Semesterabschlussklausur der Vorlesung Strafrecht Besonderer Teil 1 gestellt (Bearbeitungszeit: 120 Minuten). Der Notendurchschnitt lag bei 5,47 Punkten. Von den ca. 300 Teilnehmenden haben 26 % die Klausur nicht bestanden.

\*\* Der Autor Cornelius ist auf der Lehrprofessur für Strafrecht an der Universität Regensburg beschäftigt, der Autor Birner ist Wiss. Mitarbeiter ebendort.

### Variante 1

Aus den Geschäftsregalen entnimmt Benedikt eine DVD mit dem Virenschutz-Programm, die er in seinen noch leeren Einkaufswagen legt. Sodann nimmt Benedikt eine günstige Tastatur an sich, die in einem Karton verpackt ist. Diesen legt er ebenfalls in den Einkaufswagen, auf die DVD, so dass diese komplett verdeckt wird. Benedikt fährt anschließend zu Franziska an die Kasse. Diese wirft einen Blick in seinen Einkaufswagen und fragt „Das ist alles?“, was Benedikt bejaht. Franziska tippt den Preis für die Tastatur ein, den Benedikt passend in bar bezahlt. Anschließend schiebt er den Einkaufswagen aus dem Geschäft.

### Variante 2

Grundsätzlich wie Variante 1. Nun aber wendet Benedikt einen anderen Trick an: Er öffnet den Verpackungskarton der Tastatur vorsichtig und schiebt die DVD hinein, die dort noch genügend Platz hat. Dann verschließt er den Karton wieder und legt ihn in den Einkaufswagen.

### Variante 3

Nun ist das Virenprogramm an der Kasse in einer Glasvitrine ausgestellt, auf die nur Franziska Zugriff hat. Benedikt bittet Franziska, ihm eine DVD zu reichen, um die Informationen auf der DVD-Hülle lesen zu können. Nach seinem vorgefassten Plan läuft Benedikt nun mit der unbezahlten DVD in der Hand aus dem Geschäft, während Franziska verduzt zurückbleibt.

### Aufgabe

In einem Rechtsgutachten ist in Teil 1 die Strafbarkeit des Anton und in Teil 2 die Strafbarkeit des Benedikt nach dem StGB zu prüfen (nur §§ 242 und 263 StGB); eventuell erforderliche Strafanträge sind gestellt.

### Lösungsvorschlag zu Teil 1

*Hinweis:* Im Hinblick auf die Bankkarte waren keine Ausführungen zu § 242 Abs. 1 StGB erforderlich; dieser ist offensichtlich nicht erfüllt, da die Herausgabe der Karte – trotz Täuschung – mit tatbestandsausschließendem Einverständnis erfolgte!

### I. Betrug zu Lasten des B, § 263 Abs. 1 StGB

Anton (A) könnte sich wegen Betrugs zu Lasten des B gem. § 263 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben, indem er Benedikt (B) gegenüber als Bankmitarbeiter auftrat und vorgab, er würde Bankkarte und PIN des B benötigen, um dessen Konto von einem Geldautomaten aus vor einem Virus zu schützen.

#### 1. Objektiver Tatbestand

##### a) Täuschung über Tatsachen

A müsste über Tatsachen getäuscht haben.

Tatsachen sind konkrete Ereignisse oder Zustände der Gegenwart oder Vergangenheit, die dem Beweis zugänglich sind.<sup>1</sup> Die Eigenschaft als Bankbeauftragter, die Übernahme des Computersystems samt Überweisungen, sowie die Möglichkeit, das Konto von einem Geldautomaten aus zu schützen, sind gegenwärtig und dem Beweis zugänglich, mithin Tatsachen.

Täuschung bedeutet die Einwirkung auf das Vorstellungsbild eines anderen durch eine wahrheitswidrige Behauptung oder ein sonstiges Verhalten mit Erklärungswert mit dem Ziel der Irreführung.<sup>2</sup> Die Tatsachen behauptet A ausdrücklich gegenüber B, obwohl sie tatsächlich nicht gegeben sind. Vielmehr zielt die Erklärung darauf ab, den B über die wahren Motive des A in die Irre zu führen. Folglich ist auch eine Täuschung zu bejahen.

#### b) Irrtum auch bei Zweifeln?

Es müsste ein Irrtum des B vorliegen. Dieser verlangt eine unrichtige Vorstellung des Getäuschten über Tatsachen.<sup>3</sup>

aa) Zu hinterfragen ist vorliegend, ob ein Irrtum auch dann angenommen werden kann, wenn das Opfer Zweifel an den Behauptungen hat.

(1) Nach der minderheitlich vertretenen viktimodogmatischen Theorie ist dies zu verneinen. Ein Opfer, das seinen Zweifeln nachgehen hätte können, benötige keinen strafrechtlichen Schutz.<sup>4</sup> Vorliegend war B skeptisch und hätte auch die Möglichkeit der Nachfrage bei der Y, sowie der Begleitung des A gehabt. Ein Irrtum wäre danach also zu verneinen.

(2) Die h.M. schließt bei bloßen Zweifeln einen Irrtum nicht aus. Beim Zweifelnden bestehe ebenso eine Fehlvorstellung über den Sachverhalt. Auch das leichtfertige Opfer, das seinen Zweifeln trotz Möglichkeit nicht nachgeht, verdiene strafrechtlichen Schutz.<sup>5</sup> Entsprechend wäre vorliegend ein Irrtum des B gegeben.

(3) Die Ansichten kommen zu unterschiedlichen Ergebnissen, weshalb eine Streitentscheidung erforderlich ist.

Zwar ist der viktimodogmatischen Theorie zugestehen, dass ein gewissenhafter Mensch entsprechenden Zweifeln nachgehen sollte, bevor er handelt. Allerdings spricht für die h.M., dass der Wortlaut des § 263 Abs. 1 StGB nur einen „Irrtum“ verlangt und keine darüberhinausgehende Überzeugung. Auch beim Diebstahl – dem Fremdschädigungs-Delikt in Abgrenzung zum selbstschädigenden Betrug – besteht für das Opfer keine Obliegenheit, besondere Maßnahmen zum Schutze des Sachgewahrsams zu treffen.<sup>6</sup> Gegen die Minderheitsmeinung spricht auch eine kriminalpolitische Erwägung: Ihre

<sup>1</sup> *Wessels/Hillenkamp/Schuh*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 41. Aufl. 2018, Rn. 493.

<sup>2</sup> *Wessels/Hillenkamp/Schuh* (Fn. 1), Rn. 490.

<sup>3</sup> *Wessels/Hillenkamp/Schuh* (Fn. 1), Rn. 510.

<sup>4</sup> *Schünemann*, NStZ 1986, 439 ff. m.w.N.

<sup>5</sup> BGHSt 47, 83 (88); *Wessels/Hillenkamp/Schuh* (Fn. 1), Rn. 512; *Perron*, in: Schönke/Schröder, Strafrecht, Kommentar, 29. Aufl. 2014, § 263 Rn. 40; *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 20. Aufl. 2018, § 13 Rn. 21.

<sup>6</sup> Vgl. dazu auch Teil 2 Variante 3: Sogar den gelockerten Gewahrsam schützt § 242.

Anwendung würde bedingen, dass gerade die nicht-zweifeln Leichtgläubigen zum Ziel von Täuschungen würden.

*Hinweis:* Die viktimodogmatische Theorie bekommt Aufwind durch sekundäres Europarecht, nämlich die RL 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken, die nur einen verständigen Durchschnittsverbraucher schützt.<sup>7</sup> Der BGH geht jedoch davon aus, dass die Richtlinie nichts an der Auslegung des § 263 StGB ändert: Deren Zweck sei es weder, den strafrechtlichen Schutz einzuschränken, noch gehe sie selbst vom Idealtypus eines besonders aufmerksamen Verbrauchers aus.<sup>8</sup> Ausführungen zum Europarecht waren von den Bearb. nicht zu erwarten und wurden in der Originalklausur auch von niemandem getätigt.

bb) Fraglich ist noch, für wie wahrscheinlich der Getäuschte die angezweifelte Tatsache halten muss. Auch dies ist umstritten:

(1) Nach einer Minderheitsmeinung ist erforderlich, dass das Opfer die Wahrheit der behaupteten Tatsachen für wahrscheinlicher hält als deren Unwahrheit.<sup>9</sup> Dies ist bei B der Fall, so dass nach dieser Ansicht ein Irrtum gegeben wäre.

(2) Die wohl h.M. ist weniger restriktiv: Es genüge bereits, dass dem Opfer der Wahrheitsgehalt der Behauptung nicht gleichgültig ist, es die Wahrheit zumindest für möglich hält.<sup>10</sup> Auch nach dieser Ansicht ist ein Irrtum des B folglich anzunehmen. Eine Streitentscheidung erübrigt sich.

Damit ist im Ergebnis ein tatbestandsmäßiger Irrtum des B zu bejahen.

#### c) Vermögensverfügung

Weiterhin müsste B eine Vermögensverfügung vorgenommen haben (ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal). Eine Vermögensverfügung ist jedes freiwillige Tun, Dulden oder Unterlassen des Irrenden mit unmittelbar vermögensmindernder Wirkung.<sup>11</sup> Die Herausgabe der Bankkarte und PIN stellt ein freiwilliges Tun dar. Fraglich ist aber, ob dadurch unmittelbar eine Vermögensminderung eintrat.

<sup>7</sup> GRUR Int. 2005, 569; *Beukelmann*, in: v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Strafrechtsgesetzbuch, Stand: 1.5.2018, § 263 Rn. 29.

<sup>8</sup> BGH NJW 2014, 2595; zustimmend *Krack*, ZIS 2014, 538 ff.; *Hecker*, JuS 2014, 1043 (1045 f.); *Heger*, HRRS 2014, 469 ff.; i.E. zustimmend *Cornelius*, NStZ 2015, 310; a.A. *Müller*, NZWiSt 2014, 593 (400); *Dannecker*, ZStW 117 (2006), 711 ff.; *Gaede*, in: Heinrich u.a. (Hrsg.), Strafrecht als Scientia Universalis, Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2011, 2011, S. 979.

<sup>9</sup> *Heghmanns*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 2009, Rn. 1210; *Amelung*, GA 1977, 7 (16); *Beulke*, JR 1978, 390.

<sup>10</sup> BGH NJW 2004, 454 f.; BGH NStZ 2003, 313 (314); *Wessels/Hillenkamp/Schuh* (Fn. 1), Rn. 512; *Rönnau*, JuS 2002, 545, 546.

<sup>11</sup> *Fischer*, Strafrechtsgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 65. Aufl. 2018, § 263 Rn. 70.

aa) Das Unmittelbarkeitskriterium ist allerdings grds. zu verneinen, wenn zur Vermögensminderung noch ein *eigenmächtiger deliktischer Akt* des Täters erforderlich ist und dieser lediglich die Voraussetzungen für einen Zugriff geschaffen hat.<sup>12</sup> Stellt man bzgl. der Vermögensminderung auf die tatsächliche Gelderlangung durch Abhebung ab, ist ein solcher erst in der unbefugten Verwendung von Karte und PIN zur Abhebung zu sehen. Demnach läge eine unmittelbare Vermögensminderung hier nicht vor.

bb) Möglicherweise trat eine Vermögensminderung aber bereits zum Zeitpunkt der Übergabe von Karte und PIN ein. Anerkannt ist, dass eine Vermögensverfügung schon dann gegeben ist, wenn der Täter eine *Zugriffsschwelle* überschreitet. Dies wird bei der Preisgabe von Bankkarte und PIN angenommen, da dem Täter insofern eine jederzeitige Zugriffsmöglichkeit auf das Vermögen des Opfers gewährt wird.<sup>13</sup>

*Hinweis:* Schon hier kann die nachfolgend zum Vermögensschaden geäußerte Kritik angebracht werden; dies ist eigentlich konsequent, da das tatsächliche Abheben einen deliktischen Zwischenschritt (§ 263a Abs. 1 StGB) darstellt. Typischerweise wird die Kritik aber auf den Prüfungspunkt des Vermögensschadens verlagert.

d) *Vermögensschaden*

Fraglich ist, ob ein unmittelbarer Vermögensschaden eingetreten ist. Ein Vermögensschaden besteht in einem nicht kompensierten Negativsaldo bei Vergleich des Vermögenswerts vor und nach der Vermögensverfügung.<sup>14</sup>

Durch die Preisgabe von Karte und PIN jedoch, welche keinen eigenen Vermögenswert haben, kommt es aber noch nicht zu einem unmittelbaren Negativsaldo. Fraglich ist, ob dennoch ein Vermögensschaden angenommen werden kann.

aa) In Betracht kommt nämlich ein so genannter *Gefährdungsschaden*. Denn im Rahmen des § 263 StGB stellt die h.M. unter bestimmten Voraussetzungen eine Vermögensgefährdung dem tatsächlichen Vermögensschaden gleich.<sup>15</sup> Die Gefährdung muss eine konkrete sein (abstrakte Gefährdungslagen genügen nicht): Zum Zeitpunkt der Vermögensverfügung muss im Einzelfall die hinreichende Wahrscheinlichkeit eines alsbaldigen, unmittelbaren und endgültigen Vermögensverlusts gegeben sein. Der Eintritt des Vermögensverlusts muss außerhalb des Einflussbereichs des Opfers liegen und allein vom Belieben des Täters abhängen.

Dabei könnte zunächst an die Y-Bank als Geschädigte gedacht werden (Konstellation des Dreiecksbetrugs). Jedoch ist grundsätzlich davon auszugehen, dass wegen der Herausgabe der EC-Karte durch den Kunden (entgegen den zugrundeliegenden Geschäftsbedingungen) ein etwaiger Schaden beim Kunden verbleibt, so dass die Frage, ob ansonsten überhaupt

eine Vermögensgefährdung bei der Y-Bank eintreten kann, die den Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts zum Vermögensschaden entspricht, hier dahinstehen kann.<sup>16</sup>

*Hinweis:* Der Verstoß gegen die AGB begründet einen Schadensersatzanspruch der Bank gegen den Kunden, was einen Schaden bei der Bank voraussetzt. Es ist also auch vertretbar, anstelle des Schadens bei B einen Schaden zu Lasten der Y anzunehmen.

Bei der Überlassung von Karte und PIN ist ein jederzeitiger Kontenzugriff möglich; nennenswerte tatsächliche Hindernisse stehen nicht entgegen. B konnte auch nicht mehr eingreifen; vielmehr lag der Zugriff alleine in der Hand des A. Nach der h.M. liegt danach ein Gefährdungsschaden vor.

bb) Im vorliegenden Fall bestehen aber grundsätzliche Bedenken hinsichtlich der Konstruktion des Gefährdungsschadens. Denn konkrete Vermögensgefährdung bedeutet – anders als die Bezeichnung zunächst vermuten lässt –, dass praktisch bereits eine gegenwärtige Verschlechterung der Vermögenslage eingetreten sein muss.<sup>17</sup>

Das Abheben nach betrugsbedingter Erlangung der Karte kann aber durchaus als eine erneute deliktische Betätigung durch zusätzlichen Willensentschluss gesehen werden (§ 263a StGB).<sup>18</sup> Die Unmittelbarkeit des Vermögensschadens kann entgegen der h.M. also verneint werden. Der Konstruktion fehlt es außerdem an Bestimmtheit: Es werden die Grenzen zwischen Gefährdung und Schaden sowie zwischen Versuch und Vollendung verschoben. Auch die Bestimmbarkeit der Höhe des Gefährdungsschadens ist problematisch.<sup>19</sup> Es kann gerade nicht auf einen tatsächlich abgehobenen Betrag abgestellt werden. Was stattdessen entscheidend sein soll (Kontostand, max. abhebbarer Betrag einschließlich Dispositionskredit, etwaige tägliche oder wöchentliche Limits für die Abhebung ...), ist nicht geklärt. Auch unter diesem Gesichtspunkt macht es Sinn, mit der Strafbarkeit erst beim tatsächlichen Abheben eines Geldbetrages anzusetzen.<sup>20</sup>

Die besseren Gründe sprechen dafür, hier keinen (Gefährdungs-)Schaden anzunehmen.

*Hinweis:* Freilich konnte auch sehr gut der h.M. gefolgt und ein Gefährdungsschaden bejaht werden. Positiv hebt sich in jedem Fall ab, wer die Problematik anspricht.

2. *Ergebnis zu § 263 Abs. 1 StGB*

Nach der hier vertretenen Ansicht hat sich A nicht gem. § 263 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

<sup>12</sup> *Wessels/Hillenkamp/Schuh* (Fn. 1), Rn. 516; *Fischer* (Fn. 11), § 263 Rn. 77.

<sup>13</sup> *Fischer* (Fn. 11), § 263 Rn. 78.

<sup>14</sup> *Fischer* (Fn. 11), § 263 Rn. 111.

<sup>15</sup> *Dierlamm*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. 5, 2. Aufl. 2014, § 266 Rn. 212; *Fischer* (Fn. 11), § 263 Rn. 159, jeweils m.w.N.

<sup>16</sup> Vgl. BGH HRRS 2014 Nr. 504 Rn. 13.

<sup>17</sup> Vgl. *Rengier* (Fn. 5), § 13 Rn. 185a; *Wessels/Hillenkamp/Schuh* (Fn. 1), Rn. 572.

<sup>18</sup> *Jäger*, JA 2016, 151 (153).

<sup>19</sup> Vgl. BVerfGE 126, 170 (211, 228 ff.).

<sup>20</sup> Vgl. BGH NSTZ 2016, 149 (m. Anm. *Piel*); *Wessels/Hillenkamp/Schuh* (Fn. 1), Rn. 579, 614; *Ceffinato*, NZWiSt 2016, 464.

**II. Versuchter Betrug zu Lasten des B, §§ 263 Abs. 1, 22, 23 StGB**

A könnte sich aber wegen versuchten Betrugs zu Lasten des B gem. § 263 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben, indem er als Bankmitarbeiter auftrat und vorgab, er würde Bankkarte und PIN des B benötigen, um dessen Konto von einem Geldautomaten aus vor einem Virus zu schützen.

*1. Vorprüfung*

Die Vollendung liegt nicht vor (siehe oben); der Versuch ist strafbar (§§ 263 Abs. 2, 23 Abs. 1 Var. 2, 12 Abs. 2 StGB).

*2. Tatentschluss*

Spiegelbildlich zum vollendeten Betrug ist aber nach dem Vorstellungsbild des A der § 263 Abs. 1 StGB nicht erfüllt: Der Vorsatz war zwar auf die Erlangung der Bankkarte und PIN gerichtet. Dies stellt aber noch keinen Vermögensschaden dar (siehe I. 1. d) bb).

Das für einen späteren Zeitpunkt geplante Geldabheben als unbefugte Verwendung von Karte und PIN wäre keine taugliche Vermögensverfügung seitens des B, da hierfür erst eine weitere deliktische Handlung des A erforderlich ist (I. 1. c) aa).

*Hinweis:* Auf einen Rücktritt gem. § 24 Abs. 1 StGB kam es daher nicht an!

*3. Ergebnis*

A hat sich auch nicht nach §§ 263 Abs. 1, 22, 23 StGB strafbar gemacht.

*Hinweis:* Kommt es tatsächlich zum Abheben, so verneint der BGH den § 263a Abs. 1 Var. 3 StGB. Es sei keine „unbefugte“ Datenverwendung, wenn der Täter Bankkarte und PIN mit Willen des Konteninhabers erhält, selbst wenn die Überlassung täuschungsbedingt ist. Es sei nur ein Betrug gegenüber diesem gegeben, der Geldautomat könne dagegen nicht nochmals „betrogen“ werden.<sup>21</sup> Nach der hier vertretenen Auffassung wäre dagegen für diesen Fall von einem Computerbetrug auszugehen.<sup>22</sup>

**III. Ergebnis zu Teil I**

A bleibt straffrei.

**Lösungsvorschlag zu Teil 2**

*Hinweis:* Im Folgenden ist eine Abgrenzung vorzunehmen zwischen Diebstahl und Betrug. Sie hat im jeweiligen Tatbestand zu erfolgen und darf niemals abstrakt vorangestellt werden! Es ist möglich, die Abgrenzung schon im letztlich einschlägigen Delikt vorzunehmen. Genauso kann zunächst das nicht anwendbare geprüft und abgelehnt

werden. Erstere Vorgehensweise ist bei Zeitnot vorzuziehen.

**Variante 1****I. Diebstahl, § 242 Abs. 1 StGB**

B könnte sich wegen Diebstahls gem. § 242 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben, als er den Kassbereich mit der DVD passierte.

*1. Objektiver Tatbestand**a) Fremde bewegliche Sache*

Die DVD ist eine bewegliche Sache im Eigentum der Inhaberin F; mangels konkreten Übereignungsangebots erlangte B auch an der Kasse kein Eigentum (§ 929 S. 1 BGB).

*b) Wegnahme*

Es könnte eine Wegnahme durch das Passieren der Kasse vorliegen. Wegnahme bedeutet den Bruch fremden und die Begründung neuen – nicht notwendigerweise tätereigenen – Gewahrsams. Der Gewahrsam bestimmt sich nach der tatsächlichen, auf natürlichem Herrschaftswillen beruhenden, Sachherrschaft sowie der Verkehrsanschauung.<sup>23</sup>

aa) B könnte jedoch schon vor dem Passieren des Kassbereichs Gewahrsam erlangt haben.

(1) Im Regal befand sich die DVD im Herrschaftsbereich der Ladeninhaberin; dies gilt jedenfalls auch noch, als B sie offen in den Einkaufswagen legt.<sup>24</sup>

(2) Fraglich ist, ob B Gewahrsam schon dann erlangte, als er die DVD mit der Tastatur verdeckte. Der Einkaufswageninhalt unterliegt, jedenfalls solange sich der Einkaufswagen im Einkaufsbereich befindet, sowohl wegen tatsächlicher Zugriffsmöglichkeit als auch nach der Verkehrsauffassung der Gewahrsamsphäre des Geschäftsinhabers, hier der F. Insbesondere findet eine Überführung in eine persönliche Gewahrsamsenkave nicht statt.<sup>25</sup> Ein Gewahrsamsübergang auf B hat somit zu diesem Zeitpunkt noch nicht stattgefunden.

*Hinweis:* Genauso vertretbar wäre es, § 242 Abs. 1 StGB zunächst nur hinsichtlich des Versteckens zu prüfen und dann erneut hinsichtlich des Passierens der Kasse anzusetzen.

bb) Fraglich ist aber, ob B wegnahm, als er den Kassbereich passierte.

Grundsätzlich ist eine Gewahrsamserlangung des Kunden an Sachen im Einkaufswagen anzunehmen, sobald er den Einkaufsbereich passiert.<sup>26</sup>

Problematisch ist dabei, dass die Wegnahme einen Gewahrsamsbruch voraussetzt und nicht angenommen werden

<sup>23</sup> Fischer (Fn. 11), § 242 Rn. 11 ff.

<sup>24</sup> Fischer (Fn. 11), § 242 Rn. 12.

<sup>25</sup> Schmidt, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 19. Aufl. 2018, Rn. 590.

<sup>26</sup> BGHSt 41, 198 ff.; OLG Köln NJW 1984, 810; Schmidt (Fn. 25), Rn. 78, 590; Wessels/Hillenkamp/Schuhr (Fn. 1), Rn. 128, 639.

<sup>21</sup> BGH NStZ 2016, 149 (m. Anm. Piel).

<sup>22</sup> Ebenso Jäger, JA 2016, 151 (153).

kann, wenn ein *tatbestandsausschließendes Einverständnis* des bisherigen Gewahrsamsinhabers vorliegt; der Gewahrsamsübergang muss also gegen oder ohne dessen Willen stattfinden. Abzugrenzen ist insofern vom (Sach-)Betrug, der in einem Exklusivitätsverhältnis zum Diebstahl steht und ein Verfügungsbewusstsein gerade voraussetzt.

*Hinweis:* Das tatbestandsausschließende Einverständnis beim Diebstahl stellt den „Abdruck“ des Verfügungsbewusstseins dar, welches beim (Sach-)Betrugs geprüft wird. Die Abgrenzung läuft an diesen Stellen parallel.

Bei „Kassenfällen“ in Selbstbedienungsläden ist regelmäßig problematisch, worauf sich der Wille des Kassenspersonals richtet. Vorliegend handelt es sich um die Konstellation des Verdeckens im Einkaufswagen; als Anknüpfungspunkte kommen sowohl der gesamte als auch der sichtbare Inhalt des Einkaufswagens in Betracht. Vor dem Hintergrund, dass sich der Wille des Kassenspersonals beim Eintippen der Einzelpreise auf die erkannten Einzelgegenstände konkretisiert, nimmt die h.M. letzteres an.<sup>27</sup>

*Hinweis:* Eine a.A., d.h. letztlich die Annahme eines Betrugs,<sup>28</sup> ist bei guter Argumentation vertretbar.

Hier hat F die DVD nicht gesehen; mangels eines tatbestandsausschließenden Einverständnisses/Verfügungsbewusstseins ist die Wegnahme damit zu bejahen.

### 2. Subjektiver Tatbestand

Vorsatz und (Selbst-)Zueignungsabsicht liegen vor.

### 3. Rechtswidrigkeit und Schuld

Ausschlussgründe sind nicht ersichtlich.

## II. Ergebnis zu Variante 1

In Variante 1 hat sich B gem. § 242 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

*Hinweis:* Die Prüfung hätte auch mit § 263 StGB begonnen werden können: Es liegt eine ausdrückliche Täuschung über die Vollständigkeit der zu bezahlenden Waren und ein entsprechender Irrtum vor. Die Vermögensverfügung besteht grds. in dem Passieren-Lassen i.V.m. dem Verlust der DVD, scheidet aber letztlich am Tatbestandsmerkmal des Verfügungsbewusstseins. Da die Tatbestandsmerkmale des § 263 StGB bis zur Vermögensverfügung unproblematisch sind, ist aus Zeitgründen die hier gewählte Darstellung (gleich i.R.d. § 242 StGB) wohl vorteilhafter.

Zu verneinen ist auch ein Forderungsbetrug gem. § 263 Abs. 1 StGB durch die Nichtgeltendmachung des Zahlungsanspruchs, da es zu keiner Vermögensverfügung kam. Insofern liegt zwar kein Sachbetrug vor, der ein Ver-

fügungsbewusstsein erfordern würde. Allerdings kommt es nicht zu einer Vermögensminderung: Hinsichtlich der versteckten DVD ist ein Zahlungsanspruch nicht durch Angebot und Annahme gem. §§ 433 Abs. 2, 145, 147 BGB zustande gekommen. Die fehlende Geltendmachung eines Anspruchs aus § 985 BGB kann gleichsam nicht zugrunde gelegt werden, da die Vermögensminderung bereits durch Wegnahme eingetreten ist.<sup>29</sup> Vertretbar wäre es auch, den Forderungsbetrug von vornherein unter Hinweis auf die Exklusivität von Wegnahme und Vermögensverfügung abzulehnen („einheitlicher Nehmeakt“).<sup>30</sup> Es war in dieser Klausur nicht erforderlich, nahe auf den Forderungsbetrug einzugehen.

## Variante 2

### I. Diebstahl der DVD, § 242 Abs. 1 StGB

A könnte sich wegen Diebstahls gem. § 242 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben, als er den Kassenbereich mit der DVD passierte.

#### 1. Objektiver Tatbestand

##### a) Fremde, bewegliche Sache

Auch die DVD ist eine fremde, bewegliche Sache (siehe Variante 1, I. 1. a).

##### b) Wegnahme

aa) Fraglich ist wiederum, ob ein Gewahrsamswechsel stattgefunden hat. Vor dem Passieren des Kassenbereichs war F weiterhin Gewahrsamsinhaberin. Als B die DVD in die Schachtel schiebt und versteckt, wurde keine Gewahrsamsenkclave in einem persönlichen Tabubereich geschaffen. Nach der Verkehrsanschauung findet der Gewahrsamswechsel aber beim Passieren der Kasse statt.

bb) Fraglich ist, ob auch hier ein tatbestandsausschließendes Einverständnis der F anzunehmen ist. In „Kassenfällen“, bei denen der Packungsinhalt ordnungsgemäß vorgezeigter Ware heimlich ergänzt wird, ist wiederum vom (Sach-)Betrug abzugrenzen und nach dem Anknüpfungspunkt eines Willens zur Gewahrsamsübertragung zu fragen. Hierzu werden verschiedene Lösungsansätze vertreten:

(1) Nach einer Meinung liegt eine – wenngleich täuschungsbedingte – Verfügung des Kassenspersonals vor; Bezugspunkt ist der gesamte Inhalt der ins Blickfeld geratenen Packung.<sup>31</sup>

(2) Nach der Gegenansicht ist Bezugspunkt des Verfügungsbewusstseins der ordnungsgemäße Inhalt, nicht aber der ergänzte Inhalt der vorgelegten Packung; diese Ansicht geht also von einem teilweisen Verfügungsbewusstsein aus.<sup>32</sup>

<sup>29</sup> *Wessels/Hillenkamp/Schuh* (Fn. 1), Rn. 639; *Hillenkamp*, JuS 1997, 222.

<sup>30</sup> *Biletzki*, JA 1995, 859 f., *Roßmüller/Rohrer*, Jura 1994, 472.

<sup>31</sup> OLG Düsseldorf NJW 1988, 922; *Schmidt* (Fn. 25), Rn. 78; *Fahl*, NStZ 2014, 244 (247).

<sup>32</sup> *Wessels/Hillenkamp/Schuh* (Fn. 1), Rn. 639; *Eisele*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 4. Aufl. 2017, Rn. 535.

<sup>27</sup> BGHSt 41, 198 ff.

<sup>28</sup> OLG Düsseldorf NJW 1993, 1407.

(3) Die Meinungen führen zu unterschiedlichen Ergebnissen. Eine Streitentscheidung ist daher erforderlich.

Für die erste Meinung spricht, dass durch sie eine „Aufspaltung“ des Verfügungsbewusstseins vermieden wird, welche unnatürlich erscheint.<sup>33</sup> Für die zweite Meinung spricht, dass das Kassenspersonal von der Verfügung über den Gegenstand letztlich eben so wenig Kenntnis hat, wie im Falle des vorherig behandelten Verdeckens; der Wille des Kassenspersonals konkretisiert sich auch hier durch das Eintippen des Preises auf den ordnungsgemäßen Inhalt.<sup>34</sup> Mit der zweiten Meinung wird vorliegend ein tatbestandsausschließendes Einverständnis verneint.

*Hinweis:* Maßgeblich ist allein eine nachvollziehbare Argumentation, d.h. es kann genauso gut die Gegenansicht vertreten werden. In diesem Fall wäre letztlich ein Betrug verwirklicht, dessen Tatbestandsmerkmale unproblematisch sind (vgl. bereits die obige Anm. zu § 263 StGB hinsichtlich der DVD). Ein Vermögensschaden liegt vor, da der Verlust der DVD nicht ausreichend durch Zahlung kompensiert wird; subjektiver Tatbestand, Rechtswidrigkeit und Schuld sind ebenfalls zu bejahen.

cc) Eine Wegnahme ist im Ergebnis zu bejahen.

*Hinweis:* Zum Forderungsbetrug gelten die obigen Ausführungen zu Variante 1 entsprechend.

### 2. Subjektiver Tatbestand

Vorsatz hinsichtlich des obj. TB sowie (Selbst-)Zueignungsabsicht liegen vor.

### 3. Rechtswidrigkeit und Schuld

Ausschlussgründe sind nicht ersichtlich.

## II. Ergebnis zu Variante 2

Eine Strafbarkeit nach § 242 Abs. 1 StGB liegt vor.

*Hinweis:* Auch hier wurde also die Prüfung direkt mit dem letztlich verwirklichten Delikt begonnen.

### Variante 3

#### I. Betrug hinsichtlich der DVD, § 263 Abs. 1 StGB

Fraglich ist, ob sich B wegen Betrugs gem. § 263 Abs. 1 StGB strafbar gemacht hat, indem er gegenüber F vorgab, die DVD-Hülle lesen zu wollen.

##### 1. Objektiver Tatbestand

###### a) Täuschung über Tatsachen

Eine Täuschung über Tatsachen ist anzunehmen. A täuscht ausdrücklich über den Zweck der Überlassung der DVD.

<sup>33</sup> OLG Düsseldorf NJW 1988, 922; Schmidt (Fn. 25), Rn. 78; Fahl, NSTZ 2014, 244 (247).

<sup>34</sup> Vgl. Wessels/Hillenkamp/Schuh (Fn. 1), Rn. 635; Eisele (Fn. 32), Rn. 535.

##### b) Irrtum

Ein Irrtum der F liegt vor.

##### c) Vermögensverfügung

Fraglich ist, ob eine Vermögensverfügung samt Unmittelbarkeit zwischen Überlassung der DVD und der Vermögensminderung gegeben ist. Dazu müsste eine Gewahrsamsübertragung seitens der F stattgefunden haben.

Nach der Verkehrsanschauung kann nicht davon ausgegangen werden, dass in Fällen der Überlassung zur Ansicht oder Anprobe eines Produkts seitens des Personals bereits ein Gewahrsamswechsel stattfinden soll; im Gegenteil ist hier eine bloße *Gewahrsamslockerung* in Rechnung zu stellen. Eine verfügungsbedingte Gewahrsamsübertragung hat vorliegend nicht stattgefunden.

### 2. Ergebnis zu § 263 Abs. 1 StGB

Die Strafbarkeit liegt nicht vor.

## II. Diebstahl der DVD, § 242 Abs. 1 StGB

Er könnte sich jedoch wegen Diebstahls gem. § 242 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben, als er mit der DVD wegrannte.

### 1. Objektiver Tatbestand

#### a) Fremde bewegliche Sache

Die DVD ist eine fremde, bewegliche Sache (siehe Variante 1, I. 1. a).

#### b) Wegnahme

Fraglich ist, ob hier eine Wegnahme im Sinne eines Gewahrsamswechsels stattgefunden hat.

Nach der Verkehrsanschauung ist von einem einverständlichen Gewahrsamsübergang noch nicht auszugehen, wenn einem Kunden ein Produkt lediglich zum Zweck der Ansicht/Anprobe überlassen wird; in solchen Fällen kann dem Opfer lediglich der Wille zu einer Gewahrsamslockerung zugeschrieben werden.<sup>35</sup>

Ein Gewahrsamsbruch gegen den Willen der F kann jedoch angenommen werden, als B mit der DVD in der Hand weglief.

*Hinweis:* Zusätzlich kann erwähnt werden, dass Diebstahl nicht heimlich begangen werden muss.

### 2. Subjektiver Tatbestand

Vorsatz hinsichtlich des obj. TB sowie (Selbst-)Zueignungsabsicht liegen vor.

### 3. Rechtswidrigkeit und Schuld

Ausschlussgründe sind nicht ersichtlich.

### 4. Ergebnis zu § 242 Abs. 1 StGB

Eine Strafbarkeit liegt vor.

<sup>35</sup> Schmidt (Fn. 25), Rn. 592 ff.

**III. Ergebnis zu Variante 3**

B hat sich gem. § 242 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.