

# Übungsfall: Von hessischen Geizhalsen und norddeutschen Hilfspolizisten – Teil 1\*

Von Wiss. Mitarbeiter **Jacob Böhringer**, Wiss. Mitarbeiter **Markus Wagner**, Gießen\*\*

*Der Fall wurde als Hausarbeit im Rahmen der Übung für Fortgeschrittene im Sommersemester 2014 am Fachbereich Rechtswissenschaft der Justus-Liebig-Universität Gießen gestellt. Schwerpunkte des Falles sind die Abgrenzung von Diebstahl und Betrug im Rahmen der Geschehnisse an einer Selbstbedienungstankstelle, das Festnahmerecht gem. § 127 Abs. 1 S. 1 StPO, Delikte im Schiffsverkehr (§§ 315, 315a StGB) sowie die Prüfung eines versuchten Mordes durch Unterlassen. Die Durchfallquote lag bei 55,70 %.*

## Sachverhalt

Der Gießener Jurastudent S will seinen Urlaub an der Ostseeküste verbringen, um sich von seiner Strafrechts-Hausarbeit zu erholen. Vor Fahrtantritt tankt er an der Tankstelle des H 50 Liter Super Plus zum Preis von 1,70 €/l; anschließend begibt er sich in den Verkaufsraum, um zu bezahlen. Als ihn die Bedienung B danach fragt, gibt er wahrheitsgemäß an, an Säule 3 getankt zu haben. B, die gerade frische Brötchen belegt, fragt leicht abwesend nach: „Säule 2?“ Da S gesehen hatte, dass an Säule 2 eine ältere Dame mit ihrem Kleinwagen steht, die lediglich 10 Liter Super E10 zum Preis von 1,50 €/l getankt hat, reagiert er nicht weiter auf die Nachfrage der B. Er bezahlt 15 €, verlässt die Tankstelle und macht sich gut gelaunt auf den Weg.

Seine Laune wird jedoch alsbald getrübt, weil seine Reisegeschwindigkeit in der Gegend um Plön auf der B 430 durch einen vorausfahrenden LKW deutlich gedrosselt wird. Aus Ungeduld sinkt dabei bei einer Geschwindigkeit von 80 km/h sein Abstand zu dem LKW zeitweise auf 20 m, in der Hoffnung, dieser werde in der Folge schneller fahren oder ihn zumindest überholen lassen. Es kommt jedoch zu keiner bedrohlichen Situation und auch der Fahrer des LKW fühlt sich in keiner Weise bedrängt.

Der hinter S fahrenden Ortsansässigen F hingegen missfällt die Fahrweise des S. F ist der festen Überzeugung, dass das Verhalten des S unverantwortlich und strafbar ist. Um der Gerechtigkeit Geltung zu verschaffen, beschließt sie, den Verkehrssünder nicht ungesühnt davonkommen zu lassen und folgt S bis zu einem Parkplatz an der Hohwacher Bucht. Dort stellt sie ihn zur Rede und weist ihn auf sein „grobes Fehlverhalten“ hin. Als S sich von den Anschuldigungen un-

beeindruckt zeigt, äußert sie die – unzutreffende – Vermutung, er sei betrunken. Da S weiterhin keine Reue zeigt und sich zum Gehen wendet, greift F nach dem Arm des S und versucht ihn festzuhalten. Da S sich das nicht gefallen lassen will, versetzt er ihr einen Tritt in die Magengegend, woraufhin F sich vor Schmerzen krümmt und von S ablässt. Dieser begibt sich daraufhin zum Strand.

Um ihre Schmerzen zu lindern und die erlittene Schmach zu vergessen, greift F zu ihrem alten Hausmittel und trinkt mehrere Tassen Grog. Als ihre Blutalkoholkonzentration einen Wert von 2,0 ‰ erreicht, bessert sich ihre Laune. Spontan beschließt sie, noch einen kleinen Segeltörn zu unternehmen, um auf andere Gedanken zu kommen. Da sie überzeugt ist, ohne einen „anständigen Schwips“ könne ein echter Norddeutscher kein Boot steuern, macht sie sich wegen ihres Rausches auch keine weiteren Sorgen.

Als sie nicht weit von der Küste ihr Boot hart am Wind steuert, hört sie plötzlich einen dumpfen Schlag. Sie sieht sich um und stellt fest, dass hinter dem Heck ihres Schiffes ein Windsurfer im Wasser liegt, den sie offenbar unbemerkt gerammt hat. Sie will gerade zu Hilfe eilen, als sie in dem Surfer S erkennt. Überzeugt davon, dass man solchen „Verkehrsröwdis“ nicht helfen muss, lässt sie den bewusstlosen und schwer verletzten S zurück und macht sich auf den Heimweg. Dabei ist ihr durchaus bewusst, dass S ohne Hilfe ertrinken wird. Eine Stunde später wird S jedoch von einem Fischkutter entdeckt und gerettet. Er überlebt, wenn auch stark unterkühlt.

## Aufgabenstellung

Wie haben S und F sich nach dem StGB strafbar gemacht?

## Bearbeitervermerk

Erforderliche Strafanträge sind gestellt.

## Lösungsvorschlag

### 1. Tatkomplex: Die Geschehnisse an der Tankstelle

#### A. Strafbarkeit des S

*Vorüberlegung:* Eigentums- und Vermögensdelikte rund um die Selbstbedienungstankstelle sind ein „Klassiker“ in Klausuren und Hausarbeiten. Von besonderer Bedeutung ist dabei die zivilrechtliche Würdigung des Falls, nach der sich schlussendlich auch die strafrechtliche Lösung richtet. Aufgrund der hohen Resonanz, die solche Fallgestaltungen in Literatur und Rechtsprechung erfahren haben, kann von jedem Bearbeiter eine Auseinandersetzung sowohl mit den strafrechtlichen, wie auch mit den zivilrechtlichen Aspekten erwartet werden.

Als strafrechtliche Anknüpfungspunkte kommen das Einfüllen (s.u. I.), Bezahlen (s.u. II.) und Wegfahren (s.u. III.) in Betracht. Eine stringente Trennung dieser Handlungen ist vor allem vor dem Hintergrund der sachrechtlichen Würdigung des Geschehens notwendig.

\* Aus didaktischen Gründen erfolgt die Lösung deutlich ausführlicher, als dies von den Bearbeitern der Hausarbeit erwartet wurde. Zudem enthält der Beitrag einige Hinweise zu Aufbau und alternativen Lösungswegen, weshalb der Umfang des Beitrags eine Auftrennung in zwei Teile erforderlich macht. Der zweite Teil des Falles folgt in der im Dezember erscheinenden Ausgabe 6/2014.

\*\* Die Autoren sind beide Wiss. Mitarbeiter an der Professur für Deutsches, Europäisches und Internationales Straf- und Strafprozessrecht, Wirtschaftsstrafrecht und Umweltstrafrecht (Prof. Dr. Thomas Rotsch) am Fachbereich Rechtswissenschaft der Justus-Liebig-Universität Gießen. Sie danken dem Lehrstuhlinhaber herzlich für wertvolle Kritik und Anregungen.

**I. § 242 Abs. 1 StGB durch das Einfüllen**

S könnte sich wegen Diebstahls gem. § 242 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben, indem er 50 Liter Super E10 in den Tank seines Wagens füllte.

*Hinweis:* Möglich ist auch die Formulierung „eines Diebstahls schuldig gemacht“. Diese Formulierung ist grds. vorzugswürdig, weil die tatsächliche *Strafbarkeit* erst nach den Konkurrenzen feststeht. Den Obersatz mit „wegen ... strafbar“ zu bilden, ist nur dann wirklich korrekt, wenn entweder nur dieses eine Delikt zu prüfen oder – wie hier – bereits absehbar ist, dass das Delikt nicht einschlägig ist. Vgl. zum Ganzen *Rotsch*, Strafrechtliche Klausurenlehre, 2013, Rn. 193.

*1. Tatbestand*

*a) Objektiver Tatbestand*

S müsste eine fremde bewegliche Sache weggenommen haben.

*aa) Fremde bewegliche Sache*

Das Benzin ist ein körperlicher Gegenstand (§ 90 BGB) – auf einen festen Aggregatzustand kommt es hierbei nicht an<sup>1</sup> –, beweglich und befindet sich zum Zeitpunkt des Einfüllens im alleinigen Eigentum des Tankstellenbetreibers und ist daher für S fremd<sup>2</sup>.

*b) Wegnahme*

Wegnahme ist der Bruch fremden und die Begründung neuen Gewahrsams.<sup>3</sup> „Bruch“ des Gewahrsams bedeutet dabei, dass die Aufhebung des Gewahrsams ohne oder gegen den Willen des Gewahrsamsinhabers stattfindet.<sup>4</sup> Entscheidend ist allein der Wille des Berechtigten; ausdrücklich erklärt werden muss ein Einverständnis nicht, es kann vielmehr auch generell und antizipiert erteilt werden.<sup>5</sup> Da das Geschäftskonzept einer Selbstbedienungstankstelle gerade darauf beruht, dass der Kunde das Benzin selbst in den Tank füllt, unabhängig davon, ob er dabei beobachtet oder ihm das Einfüllen im Einzelfall erlaubt wird, ist der Tankstellenbetreiber mit dem Einfüllen des Kraftstoffes grundsätzlich einverstanden.

Da S zum Zeitpunkt des Einfüllens auch zahlungsbereit war, kann dahingestellt bleiben, ob ein generelles Einverständnis auch von Bedingungen (wie etwa der Zahlungswilligkeit) abhängen kann.

<sup>1</sup> *Eser/Bosch*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2014, § 242 Rn. 9.

<sup>2</sup> Zu dieser Definition vgl. *Eser/Bosch* (Fn. 1), § 242 Rn. 12.

<sup>3</sup> St. Rspr. seit RGSt 48, 58 (59 f.); vgl. auch *Küper*, Strafrecht, Besonderer Teil, 8. Aufl. 2012, S. 441 f. m.w.N.; krit. hierzu *Rotsch*, GA 2008, 65; *ders.*, ZJS 2008, 132 (135 ff.).

<sup>4</sup> *Schmitz*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 2. Aufl. 2012, § 242 Rn. 48; a.A. *Rotsch*, GA 2008, 65.

<sup>5</sup> *Schmitz* (Fn. 4), § 242 Rn. 82, 90.

Der Tankstellenbetreiber ist mit der Handlung des S einverstanden (tatbestandsausschließendes Einverständnis).<sup>6</sup> Eine Wegnahme kommt nicht in Betracht.

*2. Ergebnis*

Ein Diebstahl des Benzins durch S scheidet bereits am objektiven Tatbestand mangels Wegnahme. Zudem weiß S, dass der Tankstellenbetreiber mit dem Einfüllen des Benzins einverstanden ist. S fehlt daher der Vorsatz bezüglich der Wegnahme. S hat sich nicht wegen Diebstahls gem. § 242 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

*Hinweis:* Unter Hinweis auf den mangelnden Vorsatz ist es vertretbar, einen Diebstahl auch sogleich – ohne Erörterung des objektiven Tatbestandes – mit knapper Begründung abzulehnen (zu diesem „Springen“ im Gutachten *Rotsch*, Strafrechtliche Klausurenlehre, 2013, Rn. 89, 860, 1012, 1976 m.w.N.).

**II. § 263 Abs. 1 StGB durch das Bezahlen von nur 15 €**

S könnte sich eines Betruges gem. § 263 Abs. 1 StGB gegenüber B und zu Lasten des Tankstellenbetreibers schuldig gemacht haben, indem er B nicht auf ihren Fehler hinwies und nur den geforderten Betrag beglich.

*Hinweis:* Möglich ist auch, bereits beim Einfüllen § 263 Abs. 1 StGB zu prüfen. Der Betrug scheidet in diesem Stadium jedoch ohne Weiteres an Täuschung und Vorsatz und sollte deshalb – wenn überhaupt – nur ganz knapp erörtert und jedenfalls sogleich abgelehnt werden.

*1. Tatbestand*

*a) Objektiver Tatbestand*

S müsste dazu B über Tatsachen getäuscht, dadurch bei dieser einen Irrtum hervorgerufen und sie infolgedessen zu einer Verfügung über das Vermögen des Tankstellenbetreibers veranlasst haben, das hierdurch geschädigt worden sein muss.

*aa) Täuschung*

Täuschung ist jedes Verhalten, durch das im Wege einer Einwirkung auf das intellektuelle Vorstellungsbild eines anderen eine Fehlvorstellung über Tatsachen erregt werden kann.<sup>7</sup>

*Hinweis:* Dies ist die Definition der ganz herrschenden Auffassung. Klarzustellen ist aber, dass das Gesetz nicht von „Täuschung“ spricht. Hierbei handelt es sich lediglich um eine alltagstauglichere Umschreibung des Merkmals „Vorspiegelung falscher oder [...] Entstellung oder Unterdrückung wahrer Tatsachen“.<sup>8</sup> Diese Formulierung wird zum Teil als „nur unvollkommen, logisch widersprüchlich

<sup>6</sup> So auch *Ast*, NSTZ 2013, 305 (305 f.); vgl. *Joecks*, Strafgesetzbuch, Studienkommentar, 10. Aufl. 2012, § 242 Rn. 61; *Schmitz* (Fn. 4), § 242 Rn. 91 ff.

<sup>7</sup> *Perron*, in: Schönke/Schröder (Fn. 1), § 263 Rn. 6.

<sup>8</sup> So auch klarstellend *Kindhäuser*, Strafgesetzbuch, Lehr- und Praxiskommentar, 5. Aufl. 2013, § 263 Rn. 45.

und mit Überschneidungen<sup>9</sup> bezeichnet und damit gerechtfertigt, dass der Wortlaut der Norm bei Seite gelassen und durch den ebenfalls ausfüllungsbedürftigen Begriff der Täuschung ersetzt wird; auch wird angeraten, „[i]n der Fallbearbeitung [...] nicht an diese Merkmale an[zuknüpfen“<sup>10</sup>. Dies verstoße nicht gegen Art. 103 Abs. 2 GG, weil damit nur klargestellt werde, „was der Gesetzgeber [...] zum Ausdruck bringen wollte“<sup>11</sup>. Ein solches Vorgehen erscheint aber bedenklich. Es ist gerade Sinn und Zweck des Gesetzlichkeitsprinzips gem. Art. 103 Abs. 2 GG, § 1 StGB, den Rechtsanwender daran zu hindern, sich auf dem Rücken des Beschuldigten selbst zum Gesetzgeber zu erheben und zu „korrigieren“, was dieser vermeintlich falsch gemacht habe.<sup>12</sup>

Tatsachen sind gegenwärtige oder vergangene Verhältnisse, Zustände oder Geschehnisse, die prinzipiell dem Beweis zugänglich sind.<sup>13</sup> Die im Raum stehende Tatsache ist hier, an welcher Zapfsäule S getankt hat und als Folge daraus, in welcher Höhe der Tankstelle ein Anspruch gegen S auf Zahlung zusteht.

#### (1) Ausdrückliche Täuschung

Fraglich ist, ob S ausdrücklich getäuscht hat. Dies ist problematisch, da S zumindest nicht ausdrücklich vorgegeben hat, an Säule 2 getankt zu haben. Im Gegenteil: Zunächst gibt S wahrheitsgemäß an, an Säule 3 getankt zu haben. Erst auf die erneute Nachfrage der B hin reagiert S nicht und verbessert B auch nicht, als diese die falsche Zapfsäule abrechnet. Durch seine ausdrückliche – wahrheitsgemäße – Angabe, an Säule 2 getankt zu haben, kann er daher nicht getäuscht haben; die anschließende unterbliebene Reaktion stellt jedenfalls keine ausdrückliche Täuschung (durch aktives Tun) dar.

#### (2) Konkludente Täuschung

Eine Erklärung muss aber nicht unbedingt ausdrücklich erfolgen, sondern kann auch in einem schlüssigen Verhalten gesehen werden.<sup>14</sup> Eine solche konkludente Erklärung muss jedoch von der ebenfalls möglichen<sup>15</sup> Täuschung durch Unterlassen abgegrenzt werden, die ihrerseits – anders als die konkludente

Täuschung – eine Aufklärungspflicht des Täters voraussetzt.<sup>16</sup> Fraglich ist nun zunächst, ob S konkludent erklärt hat, an Zapfsäule 2 getankt zu haben. Nur sofern dies zu verneinen ist, stellt sich die Frage, ob S durch Unterlassen getäuscht hat.

Die konkreten Voraussetzungen einer konkludenten Täuschung – und damit die Abgrenzungskriterien zum Betrug durch Unterlassen – sind umstritten.<sup>17</sup> In einem ersten Zugriff lässt sich feststellen, dass für die Bewertung des Erklärungsgehaltes eines Verhaltens auf die Verkehrsanschauung zurückgegriffen werden muss.<sup>18</sup> „Der Erklärungswert eines Verhaltens ergibt sich [...] aus den Gesamtumständen der konkreten Situation.“<sup>19</sup> Es handelt sich dabei also um eine Einzelfallbetrachtung, der die Anschauungen des jeweiligen Verkehrskreises und der Erwartungshorizont des Erklärungsempfängers zugrunde zu legen sind.<sup>20</sup> Zunächst einmal korrigiert S die B nicht. Für sich allein gesehen kann dem Verhalten des S nicht der Erklärungswert entnommen werden, dass er an Säule 2 getankt haben soll. Diese Aussage ließe sich S nur unter Heranziehung der falschen Präsuumtion seitens B unterstellen. Damit wirkt S nicht auf das Vorstellungsbild der B ein, sondern lässt einen bereits bestehenden Irrtum – für den S nichts kann – weiter wirken. Das bloße Ausnutzen eines bestehenden Irrtums kann jedoch keine konkludente Täuschung sein, sondern höchstens eine Täuschung durch Unterlassen.<sup>21</sup> Der Irrtum der B ist ihrer eigenen Sphäre zuzurechnen, da ihre eigene Unachtsamkeit den Irrtum verursacht hat. Auch das Schweigen auf die Nachfrage der B hin kann nur als Bestehenlassen des ursprünglichen Irrtums gewertet werden, da im geschäftlichen Verkehr grundsätzlich jeder für sich selbst verantwortlich ist; durch die Annahme von Konkludenz darf der Grundsatz, dass bestehende Irrtümer nur bei Vorliegen einer Aufklärungspflicht aufgeklärt werden müssen – nicht unterlaufen werden.<sup>22</sup>

Auch für das Begleichen des geforderten Kaufpreises kann nichts anderes gelten.<sup>23</sup> Schließlich ist es immer noch der ursprüngliche Irrtum der B, der hier fortwirkt. Das Zahlen (des zu geringen Geldbetrages) ist also nicht Voraussetzung, sondern Folge des Irrtums. Eine konkludente Erklärung seitens des S scheidet somit aus.

*Hinweis:* Dies kann freilich auch anders gesehen werden. Gerade die Rechtsprechung des BGH<sup>24</sup> tendiert dazu, ein sehr weites Verständnis der konkludenten Täuschung anzunehmen. Argumentativ lässt der Rückgriff auf den recht unbestimmten Begriff der Verkehrsanschauung durchaus

<sup>9</sup> Vgl. Tiedemann, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 9/1, 12. Aufl. 2013, § 263 Rn. 7.

<sup>10</sup> Wittig, Wirtschaftsstrafrecht, 3. Aufl. 2014, § 14 Rn. 7.

<sup>11</sup> Tiedemann (Fn. 9), § 263 Rn. 7.

<sup>12</sup> So auch etwa BVerfG, Beschl. v. 23.6.2010 – 2 BvR 2559/08, 2 BvR 105/09, 2 BvR 491/09, Rn. 78 = BVerfGE 126, 170 (197).

<sup>13</sup> Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 61. Aufl. 2014, § 263 Rn. 6.

<sup>14</sup> BGHSt 51, 165 (168 f.); Perron (Fn. 7), § 263 Rn. 16 ff. m.w.N.

<sup>15</sup> So die herrschende Ansicht: BGHSt 39, 392 (398); vgl. Hefendehl, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 5, 2. Aufl. 2014; Fischer (Fn. 13), § 263 Rn. 38 m.w.N.

<sup>16</sup> Fischer (Fn. 13), § 263 Rn. 21; Perron (Fn. 7), § 263 Rn. 19.

<sup>17</sup> Hefendehl (Fn. 15), § 263 Rn. 97 ff.

<sup>18</sup> Wessels/Hillenkamp, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 36. Aufl. 2013, Rn. 498; Hefendehl (Fn. 15), § 263 Rn. 96.

<sup>19</sup> BGHSt 51, 165 (170).

<sup>20</sup> BGHSt 51, 165 (170); Wessels/Hillenkamp (Fn. 18), Rn. 498.

<sup>21</sup> Bung, GA 2012, 354 (354 f.).

<sup>22</sup> Joecks (Fn. 6), § 263 Rn. 62.

<sup>23</sup> Auch die Entgegennahme einer Leistung soll nicht ausdrücken, dass diese auch geschuldet sei, Küper (Fn. 3), S. 288; Perron (Fn. 7), § 263 Rn. 17a m.w.N.

<sup>24</sup> BGHSt 51, 165 („Fall Hoyzer“).

die Annahme eines entsprechenden Erklärungsgehalts zu. Mit entsprechender Argumentation ist somit auch eine konkludente Täuschung vertretbar.

*Hinweis:* Obwohl es hier noch um das Merkmal der Tat handlung („Täuschung“) geht, wird – strenggenommen nicht ganz systematisch – bereits mit dem tatbestandsmäßigen Zwischenerfolg („Irrtum“) argumentiert. Dies hat seinen Grund darin, dass zwar offensichtlich ein Irrtum der B vorliegt, aber in Frage steht, wem (welcher Handlung) dieser Irrtum zuzurechnen ist. Nach der hier vertretenen Ansicht kann die Fehlvorstellung der B jedenfalls nicht einem konkludenten (aktiven) Verhalten des S angelastet werden. Damit kommt allenfalls noch eine Zuständigkeit des S für ein Weiterwirken des Irrtums der F in Betracht. Das ist dann aber eine Frage einer möglichen Unterlassungsstrafbarkeit (siehe sogleich unter [3]).

### (3) Täuschung durch Unterlassen

S könnte B durch Unterlassen getäuscht haben, indem er die *gebotene* Aufklärung unterließ. Ob S die falsche Annahme der B hätte aufklären müssen, richtet sich nach den Grundsätzen des unechten Unterlassungsdelikts. Insbesondere ist eine Garantenstellung nötig und die Entsprechungsklausel des § 13 Abs. 1 StGB muss beachtet werden.<sup>25</sup> Fraglich ist, woraus sich eine Garantenstellung des S ergeben soll. In Betracht kommt zunächst eine Garantenstellung aus § 433 BGB. Zu den Hauptpflichten eines Kaufvertrages über Benzin gehört eine Aufklärungspflicht freilich nicht, ganz gleich zu welchem Zeitpunkt ein Vertrag an der Selbstbedienungstankstelle geschlossen wird. Ausdrücklich wurde eine Aufklärungspflicht zwischen den Parteien nie vereinbart, eine generelle vertragliche Aufklärungspflicht besteht schon dem Grundsatz nach nicht. Vielmehr wäre für eine solche Annahme ein besonderes Vertrauensverhältnis hierfür notwendig (z.B. bei langfristigen Geschäftskontakten).<sup>26</sup> Die frühere Ansicht,<sup>27</sup> dass sich eine grundsätzliche Aufklärungspflicht aus § 242 BGB ergeben soll, wird heute zu recht einhellig abgelehnt.<sup>28</sup>

S trifft somit keine Aufklärungspflicht.

*Anmerkung:* Nach hier vertretener Ansicht endet die Betrugsprüfung an dieser Stelle. Nimmt man oben unter (2) eine konkludente Täuschung an, ist weiter zu prüfen:

Durch die (konkludente) Täuschung müsste S bei B einen Irrtum hervorgerufen haben. Irrtum ist die unrichtige Vorstellung einer Person über Tatsachen.<sup>29</sup> Vorstellungsinhalt und Wirklichkeit müssen also auseinander fallen.<sup>30</sup> B geht aufgrund der konkludenten Täuschung des S unzutreffend davon aus, dass dieser an der Tanksäule 2 getankt hat und

der Tankstelle somit gegenüber S nur eine geringere als die tatsächliche Forderung zusteht. Die Vorstellung der B und die Wirklichkeit entsprechen sich nicht. Sie unterliegt also einem Irrtum.

Aufgrund dieses Irrtums müsste B eine Vermögensverfügung getroffen haben. Eine Vermögensverfügung ist jedes unmittelbar vermögensmindernde Verhalten.<sup>31</sup> Fraglich ist, über welchen Vermögensgegenstand B verfügt hat. In Betracht kommen das Benzin und die Forderung gegenüber B. Um diese Frage beantworten zu können, muss zunächst die Eigentumslage des von S getankten Benzins geklärt werden. (*Hinweis:* Nach der hier favorisierten Lösung ist diese Frage erst im Rahmen der Prüfung der Strafbarkeit wegen Unterschlagung gem. § 246 StGB zu erörtern [siehe dort]). Nach verbreiteter Ansicht erwirbt S das Eigentum an dem Benzin (zumindest aufschiebend bedingt); danach kann B nicht über das Benzin (an dem im Zeitpunkt der konkludenten Täuschung bereits S Eigentum erworben hat), sondern nur über die gegenüber S entstandene Kaufpreisforderung verfügen. *Diese* Kaufpreisforderung macht B jedoch gerade *nicht* geltend. B verlangt von S die Begleichung einer *anderen*, tatsächlich – gegenüber S – nicht bestehenden Forderung. Die Verfügung ist dann die Nichtgeltendmachung der richtigen, also der Kaufpreisforderung i.H.v. 85 € (*Hinweis:* Eine Minderheitsmeinung vertritt den Standpunkt, dass die Übergabe des Benzins erst an der Kasse stattfindet. Nach dieser Ansicht kommt vorliegend eine Verfügung über das Benzin in Betracht).

Problematisch könnte hier zudem sein, dass B nicht über ihr eigenes Vermögen verfügt, sondern über das des Tankstelleninhabers. Zwar müssen Getäuschter und Verfügender identisch sein, nicht aber Getäuschter und Geschädigter.<sup>32</sup> Um Diebstahl in mittelbarer Täterschaft vom Sachbetrug abgrenzen zu können, ist dann aber ein entsprechendes Näheverhältnis zwischen den beiden Personen erforderlich.<sup>33</sup> Ein solches Näheverhältnis liegt jedenfalls dann vor, wenn der Verfügende die rechtliche Befugnis hat, Rechtsänderungen mit unmittelbarer Wirkung für das fremde Vermögen vorzunehmen oder kraft hoheitlicher Stellung Anordnungen darüber zu treffen. Eine solche Befugnis ergibt sich für B aus § 56 HGB.

Das Vermögen des Tankstelleninhabers müsste durch die Verfügung geschädigt worden sein. Ein Vermögensschaden liegt dann vor, wenn der Gesamtwert des Vermögens infolge der Vermögensverfügung nach Saldierung (noch immer) gemindert ist.<sup>34</sup> Dem Tankstelleninhaber entgeht die Forderung gegenüber S (*Hinweis:* A.A. [s.o.]: Verlust des Kraftstoffs durch Verfügung), im Gegenzug erhält er nur einen Betrag in Höhe von 15 €. Er erleidet daher einen Vermögensschaden in Höhe des Differenzbetrages von 70 €.

<sup>25</sup> Küper (Fn. 3), S. 289; Hefendehl (Fn. 15), § 263 Rn. 161 ff. m.w.N.

<sup>26</sup> Vgl. Fischer (Fn. 13), § 263 Rn. 38 m.w.N.

<sup>27</sup> So noch RGSt 70, 156 und BGHSt 6, 199.

<sup>28</sup> Inzwischen auch der BGH wistra 1988, 262; Perron (Fn. 7), § 263 Rn. 23 m.w.N.

<sup>29</sup> Perron (Fn. 7), § 263 Rn. 33.

<sup>30</sup> Küper (Fn. 3), S. 223.

<sup>31</sup> BGHSt 14, 170.

<sup>32</sup> Wessels/Hillenkamp (Fn. 18), Rn. 637 m.w.N.

<sup>33</sup> Vgl. dazu Rotsch, Strafrechtliche Klausurenlehre, 2013, Rn. 1885 ff. m.w.N.

<sup>34</sup> Küper (Fn. 3), S. 375.

S handelte vorsätzlich und mit Bereicherungsabsicht sowie rechtswidrig und schuldhaft. Er ist eines Betrages gem. § 263 Abs. 1 StGB schuldig.

Nach hier vertretener Ansicht macht S sich mangels Täuschung nicht wegen Betrages gem. § 263 Abs. 1 StGB strafbar.

### III. § 246 Abs. 1 StGB

S könnte sich durch das Wegfahren einer Unterschlagung am getankten Benzin gemäß § 246 Abs. 1 StGB schuldig gemacht haben.

#### 1. Tatbestand

##### a) Objektiver Tatbestand

Dazu müsste S sich eine fremde bewegliche Sache zugeeignet haben.

##### aa) Fremde Sache

Das Benzin ist für S dann eine fremde Sache, wenn es nicht in seinem alleinigen Eigentum steht.<sup>35</sup> Fraglich ist somit, ob S im Zeitpunkt des Wegfahrens bereits (alleiniger) Eigentümer des Benzins war.

Wie Kraftstoff an einer Selbstbedienungstankstelle übereignet wird, ist umstritten.<sup>36</sup> In einer jüngeren Entscheidung nimmt der BGH eine (unbedingte) Übereignung des Benzins bereits beim Einfüllen in den Tank an.<sup>37</sup> Eine andere Ansicht geht davon aus, dass im Aufstellen der betriebsbereiten Tanksäulen nur ein Angebot auf bedingte Übereignung (im Sinne des § 449 Abs. 1 BGB) zu sehen ist; das Eigentum am Benzin würde dann bis zur vollständigen Kaufpreiszahlung bei dem Betreiber der Tankstelle verbleiben.<sup>38</sup> Hinzu tritt das Problem, inwieweit S durch das Einfüllen (Mit-)Eigentum am Benzin durch Vermischung gem. §§ 947 Abs. 1, 948 Abs. 1 BGB erhalten hat.<sup>39</sup>

Zumindest bezüglich des schuldrechtlichen Anspruchs auf Zahlung ist es inzwischen herrschende Ansicht, dass bereits beim Einfüllen des Benzins und nicht erst beim Zahlvorgang an der Kasse ein Kaufvertrag zustande kommt.<sup>40</sup> Dennoch wird vereinzelt auch die Meinung geäußert, dass sowohl der Kaufvertrag wie auch die Übereignung erst an der Kasse geschlossen werden bzw. stattfinden.<sup>41</sup>

Fraglich ist somit, ob – und wenn ja, durch welchen Akt – S alleiniges Eigentum am Benzin erworben hat.

##### (1) Eigentumserwerb durch Vermischung

Der Erwerb alleinigen Eigentums durch Vermischung gemäß §§ 947, 948 Abs. 1 BGB scheitert schon daran, dass das noch

<sup>35</sup> Eser/Bosch (Fn. 1), § 242 Rn. 12.

<sup>36</sup> LG Traunstein BeckRS 2011, 14960; so auch Herzberg, NStZ 1983, 251.

<sup>37</sup> BGH NJW 2011, 2871.

<sup>38</sup> Faust, JuS 2011, 929 (931).

<sup>39</sup> Faust, JuS 2011, 929 (931).

<sup>40</sup> BGH NJW 2011, 2871; dazu Lorenz, LMK 2011, 319864; ebenso Faust, JuS 2011, 929 (931).

<sup>41</sup> Deutscher, JA 1983, 125 (126 f.).

im Tank befindliche Benzin den neu getankten Kraftstoff wohl nicht wesentlich überwiegt.<sup>42</sup>

##### (2) Erwerb des alleinigen Eigentums erst beim Zahlvorgang an der Kasse

Der Ansicht, die einen Eigentumsübergang des Benzins erst an der Kasse annehmen will, kann nicht gefolgt werden, da die zugrundeliegende zivilrechtliche Bewertung nicht zu überzeugen vermag. Deutscher bemüht für seine Ansicht den Vergleich zum Selbstbedienungsladen: dort finden Vertragsschluss und Übereignung erst an der Kasse statt. Dieser Vergleich greift freilich zu kurz. In einem Selbstbedienungsladen ist es dem Kunden jederzeit möglich, sich während seines Einkaufs umzuentcheiden und die in den Wagen gelegten Waren auch wieder herauszunehmen und zurückzulegen. Ein Absaugen von getanktem Benzin in dem Fall, dass der Tankstelleninhaber einen Vertragsschluss mit dem Tankenden ablehnt, gestaltet sich weit schwieriger und ist im Übrigen realitätsfremd. Hinzu kommt, dass ein Benzintank regelmäßig nicht ganz leer ist und somit – je nach Füllstand – der Inhaber des Fahrzeugs durch Vermischung des neu getankten Benzins mit dem im Tank befindlichen Benzin gemäß §§ 947, 948 Abs. 1 BGB Miteigentum erlangt. Sowohl Tankstelleninhaber wie auch dessen Kunde müssen von den Unwägbarkeiten, die aus einer solchen Betrachtung entstehen könnten, geschützt werden.

##### (3) Eigentumserwerb bereits beim Einfüllen des Kraftstoffes

Aus diesem Grund verdienen diejenigen Ansichten den Vorzug, die von einer – zumindest aufschiebend bedingten – Übereignung und einem Vertragsschluss bereits beim Befüllen des Tanks ausgehen. Im Hinblick auf eine Unterschlagungsstrafbarkeit muss zwischen der Ansicht, die eine Übereignung nur unter der aufschiebenden Bedingung vollständiger Kaufpreiszahlung annimmt, und der Auffassung, die bereits beim Betanken des Fahrzeuges von einem Eigentumsübergang ausgeht, differenziert werden:

Falls man bereits im Zeitpunkt des Einfüllens von einem unbedingten Übergang des Eigentums des getankten Kraftstoffes auf S ausgeht, hat dieser alleiniges Eigentum erworben. Das Benzin ist in diesem Fall für S keine fremde Sache (mehr) und eine Strafbarkeit wegen Unterschlagung kommt nicht in Betracht.

##### (4) Eigentumserwerb unter aufschiebender Bedingung der vollständigen Kaufpreiszahlung

Es verbleibt zu klären, ob die Tankstelle sich das Eigentum am Benzin bis zur vollständigen Kaufpreiszahlung vorbehält und S Eigentum am Benzin nur unter dieser aufschiebenden Bedingung erwerben kann. In diesem Fall wäre S allenfalls Miteigentümer am getankten Kraftstoff (wegen Vermischung), solange die aufschiebende Bedingung nicht erfüllt ist.

Ein Eigentumsvorbehalt wurde nicht ausdrücklich oder durch AGB vereinbart. Möglicherweise ist jedoch aufgrund der Umstände des Falls im Aufstellen der funktionstüchtigen

<sup>42</sup> Ausführlich Faust, JuS 2011, 929 (931).

Zapfsäulen nur ein Angebot auf bedingte Übereignung zu sehen.<sup>43</sup> Diese Frage muss im Wege der Auslegung nach §§ 133, 157 BGB geklärt werden.<sup>44</sup> Das OLG Düsseldorf<sup>45</sup> sowie später der BGH<sup>46</sup> gehen von einer unbedingten Übereignung aus. Jedoch kann der Kunde bei realitätsnaher Auslegung nicht davon ausgehen, dass der Tankstellenbetreiber in Vorleistung gehen und auf den Schutz verzichten möchte, der sich aus der Abwicklung der Übereignung im Wege einer Zug-um-Zug-Leistung ergibt.<sup>47</sup> Eine Auslegung dahingehend, dass der Tankstellenbetreiber auf einen Eigentumsvorbehalt verzichten möchte, ist im Ergebnis nicht naheliegend; der Tankstellenbetreiber würde ansonsten das Benzin an einen Kunden übereignen, von dessen Zahlungsfähigkeit er sich vorher nicht überzeugen kann, und dabei noch auf ihn schützende Maßnahmen verzichten.<sup>48</sup>

Man muss die Willenserklärung des Tankstellenbetreibers also dahingehend auslegen, dass eine Übereignung nur unter der Bedingung des § 449 Abs. 1 BGB stattfinden sollte.

Die Bedingung, deren Eintritt zum endgültigen Erwerb des Eigentums notwendig ist, ist die *vollständige* Begleichung des geforderten Kaufpreises. Ob die Zahlung des S i.H.v. 15 € eine Teilleistung auf die eigentliche Forderung oder eine Leistung auf eine davon unabhängige, tatsächlich nicht bestehende Forderung darstellt, ist irrelevant, da ohnehin nur die *vollständige* Kaufpreiszahlung den Eigentumsübergang hätte bewirken können.

#### (5) Zwischenergebnis

S hat demnach kein Alleineigentum am Kraftstoff in seinem Tank erworben. Das Benzin stellt damit eine für ihn fremde Sache im Sinne des § 246 Abs. 1 StGB dar.

#### bb) Bewegliche Sache

Beweglich sind alle Sachen, die tatsächlich fortbewegt werden können.<sup>49</sup> S kann mit dem getankten Treibstoff in seinem Tank die Tankstelle durch Wegfahren verlassen. Dabei bewegt er das in seinem Tank befindliche Benzin fort. Der Kraftstoff ist somit auch eine bewegliche Sache.

#### cc) Rechtswidrige Zueignung

S müsste sich den Kraftstoff rechtswidrig zueignet haben. Zueignung ist die objektiv erkennbare Manifestation des Zueignungswillens.<sup>50</sup>

*Hinweis:* Bei der Unterschlagung ist es anerkanntermaßen zulässig, bereits hier im *objektiven* Tatbestand das *subjektive* Tatbestandsmerkmal des Zueignungswillens zu prüfen (vgl. etwa *Samson*, Strafrecht II, 5. Aufl. 1985, S. 90).

Zueignungswille ist der Vorsatz, den Eigentümer dauerhaft aus seiner Position zu verdrängen und die Sache „dem eigenen Vermögen einzuverleiben“.<sup>51</sup>

*Hinweis:* Entgegen einer teilweise vertretenen Auffassung (vgl. etwa *Küper*, Strafrecht, Besonderer Teil, Definitionen mit Erläuterungen, 8. Aufl. 2012, S. 484) ist eine *Aneignungsabsicht* nicht erforderlich; *dolus eventualis* reicht nach ganz h.M. aus (vgl. *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 15. Aufl. 2013, § 5 Rn. 16 m.w.N.).

Im Zeitpunkt des Wegfahrens hat S vor, den getankten Kraftstoff für eigene Zwecke (nämlich das Fahren) wirtschaftlich zu nutzen; der Tankstellenbetreiber soll gerade keinen Einfluss mehr auf den nun im Tank des Wagens des S befindlichen Kraftstoff haben. Ein Zueignungswille liegt damit vor.

Dieser Wille müsste sich nach außen manifestiert haben. Ob dies der Fall ist, ist aus der Sicht eines objektiven, mit den Gesamtumständen vertrauten Beobachters zu beurteilen.<sup>52</sup>

Durch das Wegfahren kommt der Zueignungswille eindeutig objektiv zum Ausdruck.<sup>53</sup> S hat sich den Kraftstoff damit zueignet.

Diese Zueignung müsste auch rechtswidrig sein. Dies ist der Fall, wenn S keinen fälligen und einredefreien Anspruch auf den Kraftstoff hat.<sup>54</sup>

Geht man davon aus, dass ein Kaufvertrag über den Kraftstoff erst an der Kasse geschlossen wird,<sup>55</sup> fehlt es hier an einem entsprechenden Anspruch, weil dieser Vertrag dann den Kraftstoff aus Säule 2 zum Gegenstand hat, nicht aber den von S getankten. Aber auch, wenn man mit der herrschenden Auffassung davon ausgeht, dass auch der schuldrechtliche Vertragsschluss bereits beim Tankvorgang selbst stattfindet,<sup>56</sup> ist der sich hieraus ergebende Anspruch des S jedenfalls nicht einredefrei, weil dem Tankstellenbetreiber die Zug-um-Zug-Einrede des § 320 Abs. 1 S. 1 BGB zusteht.<sup>57</sup>

S hat sich den gesamten Kraftstoff rechtswidrig zueignet.

#### b) Subjektiver Tatbestand

S war klar, dass der Kraftstoff nicht in seinem Eigentum steht und er diesen durch das Wegfahren dem Tankstellenbetreiber entzieht. Zudem war ihm bewusst, dass er den getankten Kraftstoff nicht bezahlt hat und er deshalb keinen einredefreien Anspruch darauf hat. Somit handelte er vorsätzlich.

<sup>43</sup> *Faust*, JuS 2011, 929 (931).

<sup>44</sup> *Oechsler*, in: Säcker/Rixecker (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 6, 6. Aufl. 2013, § 929 Rn. 27.

<sup>45</sup> OLG Düsseldorf NStZ 1982, 249.

<sup>46</sup> BGH NJW 2011, 2871.

<sup>47</sup> *Faust*, JuS 2011, 929 (931).

<sup>48</sup> *Oechsler* (Fn. 44), § 929 Rn. 27.

<sup>49</sup> Vgl. etwa *Kindhäuser*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 3, 4. Aufl. 2013, § 246 Rn. 3 i.V.m. § 242 Rn. 14.

<sup>50</sup> RGSt 65, 145 (147).

<sup>51</sup> *Kudlich*, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2014, § 246 Rn. 10.

<sup>52</sup> *Küper* (Fn. 3), S. 484.

<sup>53</sup> Zutreffend *Ast*, NStZ 2013, 305 (309).

<sup>54</sup> Vgl. etwa *Kindhäuser* (Fn. 49), § 246 Rn. 26.

<sup>55</sup> *Deutscher*, JA 1983, 125 (126 f.).

<sup>56</sup> BGH NJW 2011, 2871; dazu *Lorenz*, LMK 2011, 319864; ebenso *Faust*, JuS 2011, 929 (931).

<sup>57</sup> Zutreffend *Faust*, JuS 2011, 929 (931).

## 2. Rechtswidrigkeit und Schuld

Zudem handelte S auch rechtswidrig und schuldhaft.

## 3. Zwischenergebnis

S hat sich einer Unterschlagung gem. § 246 StGB schuldig gemacht.

## IV. § 123 Abs. 1 Var. 1 StGB

Eine Strafbarkeit des S wegen Hausfriedensbruchs ist zu verneinen, da S die Tankstelle nicht gegen den Willen des Betreibers betreten hat und somit nicht eingedrungen<sup>58</sup> ist. Dass der Betreiber unter Umständen nicht damit einverstanden ist, dass potentielle Straftäter seine Tankstelle betreten,<sup>59</sup> spielt – unabhängig von dem Streit um die Notwendigkeit der äußerlichen Erkennbarkeit des deliktischen Vorsatzes<sup>60</sup> – hier deshalb keine Rolle, weil S zum Zeitpunkt des Betretens einen solchen deliktischen Vorsatz nicht aufwies.

## B. Ergebnis zur Strafbarkeit des S

S hat sich der Unterschlagung gem. § 246 StGB des gesamten getankten Kraftstoffes schuldig gemacht.

## 2. Tatkomplex: Auf der B 430

### A. Strafbarkeit des S

#### I. § 240 Abs. 1 StGB

Durch das dichte Auffahren auf den LKW könnte S sich wegen Nötigung gem. § 240 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben.

#### 1. Tatbestand

##### a) Objektiver Tatbestand

Erforderlich ist dabei zunächst der Einsatz eines Nötigungsmittels, also Gewalt oder Drohung mit einem empfindlichen Übel.

*Hinweis:* Möglich ist es auch – wie bei den meisten<sup>61</sup> Erfolgsdelikten üblich –, mit dem Eintritt des tatbestandlichen Erfolges zu beginnen. Da es zu einem solchen nicht gekommen ist, ist es legitim, nach dieser kurzen Klarstellung sofort zur Prüfung des Versuchs überzugehen. Die nachfolgenden Erörterungen sind dann dort im Rahmen des Tatentschlusses vorzunehmen, wenn auch natürlich unter dem subjektiven Blickwinkel des S.

##### aa) Gewalt

Unter Gewalt i.S.d. des § 240 Abs. 1 StGB ist jede körperliche Kraftentfaltung zu verstehen, die beim Genötigten eine

körperliche Zwangswirkung verursacht, um dessen geleisteten oder zumindest erwarteten Widerstand zu brechen.<sup>62</sup>

Als Kraftentfaltung des S kommt die Betätigung des Gaspedals in Betracht. Unerheblich ist, dass es sich insoweit um eine nur äußerst geringe Kraftentfaltung handelt.<sup>63</sup> Jedenfalls die dynamische Bewegung des Fahrzeugs insgesamt ist als hinreichende Kraftentfaltung anzusehen.<sup>64</sup>

Zweifelhaft ist, ob es hierdurch zu einem körperlich wirkenden Zwang gekommen ist. Der Fahrer des LKW fühlte sich nicht bedrängt.<sup>65</sup> Zudem sprechen objektive Kriterien dagegen:

Der Sicherheitsabstand gem. § 4 Abs. 1 S. 1 StVO wird berechnet, indem ermittelt wird, welche Strecke der Fahrer in 1,5 Sekunden zurücklegt.<sup>66</sup> Bei einer Geschwindigkeit von 80 km/h ergibt sich daraus ein Sicherheitsabstand von 33,33 m. Diesen hat S zwar unterschritten. Zur Abgrenzung der Nötigung von dem Ordnungswidrigkeitentatbestand gem. § 49 Abs. 1 Nr. 4 StVO i.V.m. § 4 Abs. 1 S. 1 StVO ist jedoch erforderlich, dass die Zwangssituation ein gewisses Gewicht erreichen muss. Entscheidend sind insoweit vor allem Intensität und Dauer der Abstandsunterschreitung sowie die Frage, ob zudem Hupe und Lichthupe eingesetzt werden.<sup>67</sup> Diese Kriterien sind nicht erfüllt: Hupe und Lichthupe wurden gar nicht eingesetzt; ebenso wenig hat S zum Linksvorbeifahren eingesetzt.<sup>68</sup> Bei einer Geschwindigkeit von 80 km/h wurde nicht einmal das kurzzeitige Heranfahren auf einen halben Meter unter Betätigung der Lichthupe als Gewalt angesehen;<sup>69</sup> demnach kann eine deutlich geringere Unterschreitung des Abstandes ohne Betätigung der Lichthupe erst recht nicht als eine Zwangswirkung entfaltend angesehen werden.

*Hinweis:* Derartige Ausführungen werden von den Bearbeitern nicht erwartet. Erforderlich ist lediglich, dass die einzelnen Bestandteile des Gewaltbegriffs sauber getrennt werden und dass die Notwendigkeit der Begrenzung durch

<sup>62</sup> Diese zusammenfassende Definition etwa bei Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 14. Aufl. 2013, § 23 Rn. 23; ausführlich zur Entwicklung des Gewaltbegriffs bei Küper (Fn. 3), S. 169 ff. m.w.N.

<sup>63</sup> BGHSt 1, 145 (147); 19, 263 (265); 41, 182 (185); Krey, JR 1995, 265 (270); Sinn, in: Joecks/Miebach (Fn. 4), § 240 Rn. 63.

<sup>64</sup> BVerfG NStZ 2007, 397 (398).

<sup>65</sup> Die Rechtsprechung stellt insoweit teilweise auf einen „objektiven Beobachter [...]“ (BayObLGSt 1993, 49 [50]) bzw. den „durchschnittliche[n] Kraftfahrer“ (BGHSt 19, 263 [266]) ab.

<sup>66</sup> Vgl. Burmann, in: Burmann/Heß/Jahnke/Janker, Straßenverkehrsrecht, Kommentar, 22. Aufl. 2012, StVO § 4 Rn. 3 m.w.N. aus der Rspr.

<sup>67</sup> So etwa OLG Karlsruhe NStZ-RR 1998, 58.

<sup>68</sup> Zu diesen Kriterien BayObLGSt 1993, 49 (51) m.w.N. aus der Rspr.

<sup>69</sup> OLG Hamm DAR 1990, 393. Das BayObLG ließ ohne das Hinzutreten weiterer Umstände (wie z.B. den Einsatz der Lichthupe) auch bei einer Geschwindigkeit von 130 km/h die Verkürzung des Abstandes auf 5 bis 10 m für eine Dauer von 14 Sekunden nicht ausreichen, vgl. BayObLGSt 1993, 49.

<sup>58</sup> Vgl. die Definition dieses Merkmals bei Lenckner/Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder (Fn. 1), § 123 Rn. 11.

<sup>59</sup> Vgl. dazu Küper (Fn. 3), S. 122 f.

<sup>60</sup> BGH NStZ-RR 1997, 97; Bohnert, GA 1983, 1 (11 ff. insb. Fn. 60).

<sup>61</sup> Eine Ausnahme bildet insoweit traditionell etwa der Betrug, vgl. Horn, Jura 1984, 499 (501).

Erheblichkeitskriterien zur Abgrenzung vom Bußgeldtatbestand erkannt und entsprechend argumentiert wird.

Die Anwendung von Gewalt scheidet daher aus.

*bb) Drohung mit einem empfindlichen Übel*

Die Drohung ist das In-Aussicht-Stellen eines Übels, falls der Bedrohte den Forderungen des Drohenden nicht nachkommt; dabei gibt der Drohende vor, auf den Eintritt des Übels Einfluss zu haben.<sup>70</sup> Ausreichend ist die Ankündigung der Fortführung einer bereits begonnenen Übelzuefügung.<sup>71</sup> Danach kann eine Drohung zwar insoweit darin gesehen werden, dass S durch sein dichtes Auffahren ankündigt, dass er den Sicherheitsabstand weiterhin so lange unterschreiten und damit das daraus folgende Unfallrisiko aufrecht erhalten werde, bis der LKW ihn vorbeilasse oder schneller fahre.<sup>72</sup> Das so in Aussicht gestellte Übel ist jedoch aus den bereits im Rahmen der Prüfung des Gewaltmerkmals dargelegten Gründen nicht empfindlich genug, um ein Nötigungsmittel darzustellen.<sup>73</sup>

*b) Zwischenergebnis*

Eine (vollendete) Nötigung liegt nicht vor.

*2. Ergebnis*

S hat sich durch das zu dichte Auffahren nicht wegen Nötigung gem. § 240 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

**II. §§ 240 Abs. 1, Abs. 3, 22, 23 Abs. 1 StGB**

S könnte sich wegen versuchter Nötigung gem. §§ 240 Abs. 1, Abs. 3, 22, 23 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben. Eine Strafbarkeit wegen vollendeter Nötigung scheidet aus (s.o.); der Versuch ist strafbar gem. §§ 23 Abs. 1 Var. 2, 12 Abs. 2, 240 Abs. 3 StGB.

*Hinweis:* Zur Bezeichnung dieses Prüfungsschritts als „Vorprüfung“ siehe *Rotsch*, Strafrechtliche Klausurenlehre, 2013, Rn. 10.

Das von S vorgestellte Verhalten erfüllt jedoch den Tatbestand der Nötigung nicht (s.o.). Daher scheidet auch eine Strafbarkeit wegen versuchter Nötigung aus.

**III. § 315c StGB**

Da S tatsächlich nicht alkoholisiert war (§ 315c Abs. 1 Nr. 1 lit. a StGB), keinen Versuch zum Überholen unternahm (§ 315c Abs. 1 Nr. 2 lit. b StGB) und es auch zu keiner Gefährdung kam, scheidet eine Strafbarkeit gem. § 315c StGB aus.

<sup>70</sup> Etwa *Küper* (Fn. 3), S. 104 ff. m.w.N.

<sup>71</sup> So etwa *Sinn* (Fn. 63), § 240 Rn. 70 m.w.N.

<sup>72</sup> Vgl. LG Münster ZfSch 2003, 152.

<sup>73</sup> Dazu *König*, in: Berz/Burmann (Hrsg.), Handbuch des Straßenverkehrsrechts, 27. Lfg., Stand: April 2011, Kap. 13 B. Rn. 29.

**IV. § 315b Abs. 1 Nr. 3 StGB**

§ 315b Abs. 1 Nr. 3 StGB ist ebenfalls nicht einschlägig, weil keine konkrete Gefahr eingetreten ist.<sup>74</sup> Zudem werden von § 315b StGB nur verkehrsfremde Außeneingriffe erfasst und nicht bereits solche Verhaltensweisen, die zwar den Verkehrsregeln widersprechen, ansonsten jedoch als reguläre Teilnahme am Straßenverkehr anzusehen sind.<sup>75</sup>

**B. Ergebnis zur Strafbarkeit des S**

S ist straflos.

**3. Tatkomplex: Auf dem Parkplatz**

**A. Strafbarkeit der F**

**I. §§ 239 Abs. 1, Abs. 2, 22, 23 Abs. 1 StGB**

Indem F nach S griff, um ihn zu packen und ihn festzuhalten, könnte sie sich einer versuchten Freiheitsberaubung gem. §§ 239 Abs. 1, Abs. 2, 22, 23 Abs. 1 StGB schuldig gemacht haben.

*1. Keine Vollendungsstrafbarkeit, Strafbarkeit des Versuchs*

F konnte S nicht packen; eine vollendete Freiheitsberaubung scheidet aus. Der Versuch der Freiheitsberaubung ist mit Strafe bedroht, vgl. §§ 23 Abs. 1 Var. 2, 12 Abs. 2, 239 Abs. 2 StGB.

*2. Tatentschluss*

F hatte den Vorsatz, S festzuhalten, ihn also am Fortgehen zu hindern. Darin liegt der Tatentschluss zur Freiheitsberaubung auf sonstige Art und Weise,<sup>76</sup> § 239 Abs. 1 Var. 2 StGB.

*3. Unmittelbares Ansetzen*

Da sie bereits die Schwelle zum „Jetzt geht es los“ überschritten und nach S gegriffen hat, dessen Fortbewegungsfreiheit also bereits konkret gefährdet wurde,<sup>77</sup> hat F auch unmittelbar zur Verwirklichung des Tatbestandes angesetzt, § 22 StGB.

*4. Rechtswidrigkeit*

F müsste auch rechtswidrig gehandelt haben.

Vorliegend könnten jedoch Rechtfertigungsgründe eingreifen. Soweit sie ihrer Natur nach übertragbar sind, können die Rechtfertigungsgründe auch auf Versuchsdelikte angewendet werden.<sup>78</sup>

*a) § 32 StGB*

F konnte durch Nothilfe gem. § 32 StGB gerechtfertigt sein.

<sup>74</sup> Zu den Anforderungen hieran beim „Drängeln“ vgl. *Pegel*, in: Joecks/Miebach (Fn. 15), § 315b Rn. 54.

<sup>75</sup> Etwa *Pegel* (Fn. 74), § 315b Rn. 13 m.w.N.

<sup>76</sup> Etwa *Sonnen*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Fn. 49), § 239 Rn. 18.

<sup>77</sup> Dazu etwa *Zaczyk*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 1, 4. Aufl. 2013, § 22 Rn. 23 m.w.N.

<sup>78</sup> Klarstellend *Zaczyk* (Fn. 77), § 22 Rn. 56 m.w.N.

*Hinweis:* Als Schutzobjekte kommen hier ausschließlich Rechtsgüter des LKW-Fahrers sowie der Allgemeinheit in Betracht, nicht aber Rechtsgüter der F selbst. Daher ist hier von „Not(wehr)hilfe“ und nicht von „Notwehr“ zu sprechen.<sup>79</sup>

Dies setzt zunächst eine Nothilfelage in Form eines gegenwärtigen rechtswidrigen Angriffs voraus, § 32 Abs. 2 StGB.

Ein Angriff ist die drohende Verletzung rechtlich geschützter Interessen durch menschliches Verhalten.<sup>80</sup> Geschützt werden können nur Rechtsgüter „eine[s] anderen“ (§ 32 Abs. 2 StGB), weshalb die Allgemeininteressen der Sicherheit des Straßenverkehrs sowie das generelle Interesse an der Einhaltung des geltenden Rechts als notwehrfähige Güter ausschließen.<sup>81</sup>

Ein Notwehr- bzw. Nothilferecht soll im Straßenverkehr nur bestehen, soweit auch Individualinteressen bedroht werden;<sup>82</sup> nach einer engeren Auffassung sogar nur dann, wenn der Angriff das Gewicht einer Nötigung erreicht.<sup>83</sup> Beides ist hier nicht der Fall: Es kam zu keiner bedrohlichen Situation, in der das Leben oder die körperliche Unversehrtheit des LKW-Fahrers oder der LKW gefährdet gewesen wären.

*Hinweis:* Selbst wenn man dies anders sähe, wäre ein entsprechender Angriff im Zeitpunkt der versuchten Freiheitsberaubung jedenfalls bereits abgeschlossen und somit nicht mehr gegenwärtig i.S.d. § 32 Abs. 2 StGB.

Damit scheidet eine Rechtfertigung gem. § 32 StGB aus.

#### b) § 34 StGB

Aus denselben Gründen muss eine Rechtfertigung durch Notstandshilfe gem. § 34 StGB scheitern: Eine Gefahr für Rechtsgüter des LKW-Fahrers lag nicht vor. Zwar können mit § 34 StGB auch Kollektivinteressen verteidigt werden;<sup>84</sup> eine eventuelle Beeinträchtigung durch das Auffahren des S auf den LKW ist jedoch bereits abgeschlossen und *nicht mehr* gegenwärtig. Weitere Verkehrsverstöße durch S sind im Zeitpunkt des unmittelbaren Ansatzens nicht abzusehen; da S gerade auf dem Weg zum Strand ist, wären eventuelle weitere Gefahren insoweit jedenfalls *noch nicht* gegenwärtig. Eine Notstandslage liegt damit nicht vor, weshalb F nicht gem. § 34 StGB gerechtfertigt sein kann.

<sup>79</sup> Exemplarisch *Jahn*, JuS 2014, 80 (81); dazu *Kühl*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2012, § 7 Rn. 137 ff.

<sup>80</sup> *Kindhäuser*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Fn. 77), § 32 Rn. 26; *Kühl* (Fn. 79), § 7 Rn. 23 m.w.N.

<sup>81</sup> *Perron* (Fn. 7), § 32 Rn. 8; *Kühl* (Fn. 79), § 7 Rn. 38; *Kindhäuser* (Fn. 80), § 32 Rn. 37; jew. m.w.N.

<sup>82</sup> So etwa *Perron* (Fn. 7), § 32 Rn. 8 m.w.N.

<sup>83</sup> *Kindhäuser* (Fn. 80), § 38 m.w.N.

<sup>84</sup> Klarstellend etwa *Erb*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 2. Aufl. 2011, § 34 Rn. 59 m.w.N.

#### c) § 127 Abs. 1 S. 1 StPO

In Betracht kommt aber eine Rechtfertigung des Verhaltens der F durch das allgemeine Festnahmerecht gem. § 127 Abs. 1 S. 1 StPO

*Aufbauhinweis:* Es bietet sich an, den Rechtfertigungsgrund des § 127 Abs. 1 S. 1 StPO im Wesentlichen genauso zu strukturieren wie die übrigen Rechtfertigungsgründe (zu hiesigen Aufbauschema vgl. *M. Wagner*, ZJS 2011, 465). Solange die einzelnen Merkmale in einer ökonomischen Reihenfolge geprüft und die Probleme hinreichend differenziert werden, sind die Bearbeiter insoweit aber frei in der Wahl ihres Aufbaus. Dieser ist weder zu begründen noch nachzuweisen. Alternative Aufbauvorschläge finden sich etwa bei *Satzger*, Jura 2009, 107 (108), und *Kühl*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2012, § 7 Rn. 20a (Schema zur Notwehr, das aber analog angewandt werden kann).

#### aa) Festnahmesituation

Erforderlich ist dabei zunächst, dass F den S „auf frischer Tat“ betroffen oder verfolgt hat.

#### (1) „Tat“

Bei der „Tat“ muss es sich um eine (Kriminal-)Straftat handeln, Ordnungswidrigkeiten reichen nicht aus (vgl. auch § 46 Abs. 3 S. 1 OWiG).<sup>85</sup> Da S tatsächlich durch das Unterschreiten des Sicherheitsabstandes aber keine Straftat (s.o.), sondern nur eine Ordnungswidrigkeit begangen hat, stellt sich die Frage, ob die „Tat“ i.S.d. § 127 Abs. 1 S. 1 StGB materiell vorliegen muss oder ob ein Verdacht hinsichtlich einer entsprechenden Tat insoweit ausreichend ist.

*Hinweis:* Sollten Bearbeiter oben fälschlicherweise eine Strafbarkeit des S bejaht haben, kann dieser Streit dahinstehen, da auch nach der engsten vertretenen Auffassung dann eine „Tat“ i.S.d. § 127 Abs. 1 S. 1 StPO vorliegt. Eine Nötigung anzunehmen ist nicht nur materiell-rechtlich unzutreffend, sondern zeugt auch von mangelndem Problembewusstsein der Bearbeiter (es werden Probleme „abgeschnitten“) und wiegt daher schwer. Noch wesentlich schwerer wiegt jedoch der Fehler, wenn eine Strafbarkeit des S zwar bejaht, inkonsequenterweise aber an dieser Stelle der Streit um den Tatbegriff des Festnahmerechts geführt wird.

#### (a) I. Ansicht: Materielle Lösung

Einer Auffassung zufolge kann das Festnahmerecht nur eingreifen, wenn die Tat auch tatsächlich begangen worden ist.<sup>86</sup> Danach liegt hier keine „Tat“ vor, da S keine Nötigung begangen hat. Demnach ist F nicht gem. § 127 Abs. 1 S. 1 StPO gerechtfertigt.

<sup>85</sup> *M. Wagner*, ZJS 2011, 465 (466).

<sup>86</sup> Vgl. die umfassenden Nachweise bei *Hillenkamp*, 32 Probleme aus dem Strafrecht, Allgemeiner Teil, 14. Aufl. 2012, 8. Problem A., B. und C. (S. 61 ff.).

*(b) 2. Ansicht: Enge Verdachtslösung*

Nach einer neuerdings vertretenen Auffassung ist das tatsächliche Vorliegen der Tat nicht erforderlich. Es reicht grundsätzlich der bloße Tatverdacht aus; der Grad dieses Verdachts muss aber stärker sein als ein dringender Tatverdacht. Notwendig ist, dass der Festnehmende vollkommen zweifelsfrei davon ausgehen durfte, dass eine Tat begangen wurde.<sup>87</sup>

Unter Zugrundelegung dieser Ansicht ist F ebenfalls nicht gerechtfertigt: Sie konnte aus ihrer Perspektive ausschließlich sehen, dass S dicht auf den LKW auffuhr. Da es zu keiner bedrohlichen Situation kam und S auch sonst keinerlei Anstalten machte, den LKW zu überholen oder ihn dazu zu bewegen, schneller zu fahren oder S passieren zu lassen, gab es keinerlei Anhaltspunkte für F anzunehmen, dass S den LKW-Fahrer nötigte. Dieser Annahme lagen keine objektiven verdachtsbegründenden Umstände, sondern lediglich das fehlerhafte Rechtsempfinden der F zugrunde.

*(c) 3. Ansicht: Weite Verdachtslösung*

Eine ebenfalls sehr verbreitete Auffassung geht davon aus, dass der dringende Verdacht der Tatbegehung ausreichend ist.<sup>88</sup>

Nach Maßgabe dieser Auffassung wird man das Vorliegen einer „Tat“ bejahen können. Das dichte Auffahren legt in hinreichendem Maße die Vermutung einer (versuchten) Nötigung des LKW-Fahrers durch S nahe.

*Hinweis:* Eine andere Einschätzung ist gut vertretbar. In diesem Fall muss dann keine Stellung bezogen werden; F ist nach keiner der genannten Auffassungen gerechtfertigt. Dass der Bearbeiter sich dann das Problem des Tatbegriffs „abschneidet“, ist zwar taktisch ungeschickt, darf ihm jedoch im Ergebnis zumindest dann nicht zum Nachteil gereichen, wenn er die Subsumtion hinreichend überzeugend anhand des Sachverhalts begründen kann.

*(d) Stellungnahme*

Da die Ansichten zu unterschiedlichen Ergebnissen kommen, ist eine Stellungnahme erforderlich.

Der Wortlaut („Tat“) ist insoweit unergiebig.<sup>89</sup> Die bloße Tatsache, dass der Begriff der „Tat“ und nicht derjenige des „Tatverdachts“ verwendet wird,<sup>90</sup> schließt die Interpretation

des Tatbegriffs als Tatverdacht noch nicht aus,<sup>91</sup> weil der prozessuale Tatbegriff, der der StPO zugrunde liegt,<sup>92</sup> nicht die Erfüllung einzelner (materieller) Tatbestandsvoraussetzungen, sondern einen tatsächlichen Lebenssachverhalt bezeichnet.<sup>93</sup>

Ebenfalls wenig hilfreich ist die *Entstehungsgeschichte* der Vorschrift.<sup>94</sup> Sie weist lediglich darauf hin, dass der Festnehmende regelmäßig juristischer Laie ist und aus einer Spontansituation heraus handelt. Da diesem Umstand Rechnung getragen werden muss, könnte dies darauf hindeuten, dass der bloße Verdacht ausreicht.<sup>95</sup>

Der *telos* des § 127 Abs. 1 S. 1 StPO spricht klar für ein Verständnis des Tatbegriffs als Tatverdacht: Sichergestellt werden soll durch die Norm, dass der Täter sich allein deshalb der staatlichen Strafverfolgung entziehen kann, weil gegenwärtig gerade kein Vertreter der staatlichen Strafverfolgungsbehörden anwesend ist; ausnahmsweise darf in diesen Fällen auch der Privatmann eine Festnahme zur Sicherung der (Möglichkeit der) Strafverfolgung vornehmen.<sup>96</sup> Da aber nicht einmal den staatlichen Verfolgungsorganen eine abschließende Feststellung der materiellen Rechtslage abverlangt wird bzw. diese aufgrund des Rechtsprechungsmonopols der Gerichte und der Unschuldsvermutung auch gar nicht zu einer solchen berechtigt sind, muss dies für den Privatmann erst recht gelten; auch er muss seine Festnahme auf den bloßen Verdacht stützen dürfen.<sup>97</sup> Zudem soll die Vorschrift gerade die Zivilcourage des Einzelnen fördern; dieser Zweck würde vollständig unterlaufen, wenn man eine tatsächlich begangene materielle Tat verlangte und damit den couragierten Bürger dem Risiko aussetzte, dass dieser Notwehr seitens des Festgenommenen dulden muss und sich zivilrechtlichen Ansprüchen ausgesetzt sieht.<sup>98</sup>

Für ein Verständnis als Tatverdacht spricht auch die *Gesetzessystematik*.<sup>99</sup> Die Verortung der Norm in der StPO (und nicht etwa im Allgemeinen Teil des StGB) legt die Zugrundelegung eines prozessrechtlich geprägten Tatbegriffs nahe.<sup>100</sup>

Dagegen scheint aber auf den ersten Blick das Verhältnis zwischen § 127 Abs. 1 StPO einerseits und § 127 Abs. 2 StPO

<sup>87</sup> *Bülte*, ZStW 121 (2009), 377 (400), und *M. Wagner*, ZJS 2011, 465 (470 f.), unter Verweis auf BayObLG MDR 1986, 956; ähnlich bereits *Fincke*, JuS 1973, 87 (89 f.).

<sup>88</sup> Vgl. die umfassenden Nachweise bei *Hillenkamp* (Fn. 86), 8. Problem D. (S. 63 f.).

<sup>89</sup> *M. Wagner*, ZJS 2011, 465 (469); *Wiedenbrüg*, JuS 1973, 418 (419).

<sup>90</sup> So aber *Hevert*, Das private Festnahmerecht nach § 127 Abs. 1 S. 1 StPO und seine Bedeutung als Rechtfertigungsgrund, 2005, S. 76; vgl. auch *Marxen*, in: Küper/Welp (Hrsg.), Beiträge zur Rechtswissenschaft, Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels zum 70. Geburtstag, 1993, S. 705 (706).

<sup>91</sup> *Bülte*, ZStW 121 (2009), 377 (389 ff.); *M. Wagner*, ZJS 2011, 465 (469).

<sup>92</sup> Zu betonen ist aber, dass auch der prozessuale Tatbegriff nicht einheitlich durchgehalten wird und die bloße Tatsache, dass das Festnahmerecht in der StPO verortet ist, noch nicht zur Zugrundelegung eines prozessualen Verständnisses des Tatbegriffes zwingt, vgl. *Bülte*, ZStW 121 (2009), 377 (390).

<sup>93</sup> So exemplarisch für die h.M. *Kuckein*, in: Hannich (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 7. Aufl. 2013, § 264 Rn. 3 m.w.N. aus der Rspr. Kritisch dazu *Bauer*, NStZ 2003, 174 ff. m.w.N.

<sup>94</sup> Insgesamt zur Geschichte der Norm *Albrecht*, Das Festnahmerecht Jedermanns nach § 127 Abs. 1 StPO, 1970, S. 10 ff.

<sup>95</sup> So die Einschätzung bei *M. Wagner*, ZJS 2011, 465 (469 f.).

<sup>96</sup> Dazu *M. Wagner*, ZJS 2011, 465 m.w.N.

<sup>97</sup> *M. Wagner*, ZJS 2011, 465 (470) m.w.N.

<sup>98</sup> Dazu *M. Wagner*, ZJS 2011, 465 (469) m.w.N.

<sup>99</sup> Dazu *M. Wagner*, ZJS 2011, 465 (468, 470) m.w.N.

<sup>100</sup> *M. Wagner*, ZJS 2011, 465 (469) m.w.N.

andererseits zu sprechen: § 127 Abs. 2 StPO, der das Festnahmerecht der Strafverfolgungsorgane regelt, verweist auf das Recht der Untersuchungshaft. Deren Anordnung erfordert gem. § 112 Abs. 1 S. 1 StPO einen *dringenden* Tatverdacht. Verlangte man im Rahmen des § 127 Abs. 1 S. 1 StPO lediglich einen bloßen Tatverdacht, hätte dies zur Folge, dass der Anwendungsbereich des § 127 Abs. 1 S. 1 StPO, auf den sich auch die Strafverfolgungsorgane berufen können,<sup>101</sup> deutlich größer wäre als derjenige des Abs. 2 und dieser deshalb faktisch leerliefe.<sup>102</sup>

Dieser Auffassung ist jedoch entgegen zu halten, dass sie implizit voraussetzt, dass der nach § 127 Abs. 1 S. 1 StPO erforderliche Verdachtsgrad des § 127 Abs. 1 S. 1 StPO genauso hoch wie oder niedriger als derjenige des dringenden Tatverdachts sein müsse. Diese Prämisse ist jedoch keineswegs zwingend. Vielmehr lassen sich der erste und zweite Absatz des § 127 StPO logisch auch dann in Einklang bringen, wenn man bei Abs. 1 S. 1 StPO einen Verdachtsgrad verlangt, der über denjenigen des Abs. 2 (dringender Tatverdacht) hinausgeht.<sup>103</sup>

Zu folgen ist daher der (hier sog.) *engen Verdachtslösung*.

*Hinweis:* Auch die beiden anderen Auffassungen sind vertretbar. Geht man davon aus, dass eine Tat i.S.d. weiten Verdachtslösung vorliegt und vertritt man diese Ansicht, ist die Prüfung fortzusetzen:

Die Tat ist frisch, solange ihre (vermeintliche) Begehung noch andauert oder die Festnahme im unmittelbaren zeitlichen und räumlichen Zusammenhang erfolgt.<sup>104</sup> Solange die Verfolgung zu einem Zeitpunkt beginnt, in dem die Tat noch „frisch“ ist, ist es unschädlich, wenn die Festnahme an einem anderen Ort erfolgt.<sup>105</sup> Diese Voraussetzungen sind im vorliegenden Fall erfüllt. Da das PKW-Kennzeichen zur Identitätsfeststellung nicht ausreichend ist,<sup>106</sup> liegt auch ein Festnahmegrund vor. Das bloße Festhalten am Arm stellt eine taugliche Festnahmehandlung dar,<sup>107</sup> die auch nicht unverhältnismäßig ist.<sup>108</sup> Auch handelte F mit dem Willen zur Strafverfolgung. Demnach wäre sie gem. § 127 Abs. 1 S. 1 StPO gerechtfertigt.

#### (e) Zwischenergebnis

Nach hier vertretener Ansicht liegt keine „Tat“ i.S.d. § 127 Abs. 1 S. 1 StPO vor.

#### (2) Zwischenergebnis

Eine Festnahmelage ist damit nicht gegeben.

<sup>101</sup> Dazu M. Wagner, ZJS 2011, 465 (466) m.w.N.

<sup>102</sup> Vgl. etwa Wiedenbrüg, JuS 1973, 418 (419).

<sup>103</sup> Vgl. M. Wagner, ZJS 2011, 465 (469, 470 f.) m.w.N.

<sup>104</sup> Bülte, ZStW 121 (2009), 377 (401) m.w.N.

<sup>105</sup> Schultheis, in: Hannich (Fn. 93), § 127 Rn. 12 m.w.N.

<sup>106</sup> Schultheis (Fn. 106), § 127 Rn. 17 m.w.N.

<sup>107</sup> Etwa Wagner, ZJS 2011, 465 (472) m.w.N.

<sup>108</sup> Zur Anwendbarkeit des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im Rahmen des § 127 Abs. 1 S. 1 StPO vgl. Wagner, ZJS 2011, 465 (474 ff.) m.w.N.

#### bb) Zwischenergebnis

F ist nicht gem. § 127 Abs. 1 S. 1 StPO gerechtfertigt.

#### d) Zwischenergebnis

Somit handelte F rechtswidrig.

#### 5. Schuld

Zudem müsste F schuldhaft gehandelt haben.

#### a) Irrtum über Rechtfertigungsgründe

*Hinweis:* Dieser Irrtum wird landläufig – und unzutreffender Weise – als Erlaubnistatbestandsirrtum bezeichnet. Zur Terminologie noch vgl. Gasa, JuS 2005, 890 ff.

In Betracht kommt aber ein Irrtum über rechtfertigende Umstände.

*Hinweis:* Zu Terminologie und Verortung des Irrtums über rechtfertigende Umstände vgl. Rotsch, Strafrechtliche Klausurenlehre, 2013, Rn. 1188 f.

Ein solcher Irrtum setzt voraus, dass F sich *tatsächliche Umstände* vorgestellt hat, bei deren tatsächlichem Vorliegen sie gerechtfertigt wäre.<sup>109</sup>

*Hinweis:* Zur Prüfung des Irrtums über rechtfertigende Umstände Rotsch, Strafrechtliche Klausurenlehre, 2013, Rn. 1190.

Dies ist hier nicht der Fall: F geht nicht von einem unzutreffenden Verhalten des S aus, sondern bewertet dieses bzw. die sich daraus für sie ergebende Rechtslage falsch. Sie geht nicht etwa z.B. von einer Gefährdung des LKW aus, sondern hält das Verhalten des S unzutreffender Weise für eine Nötigung bzw. geht fälschlicherweise davon aus, dass auch in Bezug auf Ordnungswidrigkeiten jedermann ein Festnahmerecht zusteht. Damit sind aber die Voraussetzungen eines Irrtums über rechtfertigende Umstände nicht gegeben.

*Hinweis:* Folglich verbieten sich hier jegliche Ausführungen zur rechtlichen Behandlung eines solchen Irrtums (dazu etwa Kühl, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2012, § 13 Rn. 70 ff.).

#### b) Indirekter Verbotsirrtum, § 17 StGB

Es liegt aber ein Rechtsirrtum i.S.d. § 17 StGB vor. Dieser schließt die Schuld der F aus, wenn er unvermeidbar ist. Das ist nur dann der Fall, wenn F auch bei Anspannung ihres Gewissens unter Einsatz all ihrer Erkenntnismöglichkeiten, ggf. unter Einholung von Rechtsrat, zu keiner anderen Erkenntnis gekommen wäre. Dies ist jedoch nicht der Fall. F hat allein aufgrund ihrer vorgefertigten Rechtsauffassung gehandelt, ohne diese zu hinterfragen. Damit war der Irrtum vermeidbar.

<sup>109</sup> Etwa Kühl (Fn. 79), § 13 Rn. 67.

c) *Zwischenergebnis*  
F handelte schuldhaft.

6. *Rücktritt*

Aufgrund der Verteidigung und des sich anschließenden Entfernens des S schlug der Versuch der F fehl; wie sie auch erkannte, hätte sie die Tat nicht ohne wesentliche Zwischenschritte vollenden können.<sup>110</sup> Ein Rücktritt gem. § 24 Abs. 1 StGB scheidet daher aus.

*Hinweis:* Der Sachverhalt enthält insoweit kaum Anhaltspunkte. Es ist unschädlich, wenn dieser Punkt nicht geprüft wird.

7. *Ergebnis*

F ist einer versuchten Freiheitsberaubung gem. §§ 239 Abs. 1, Abs. 2, 22, 23 Abs. 1 StGB schuldig.

**II. §§ 240 Abs. 1, Abs. 3, 22, 23 Abs. 1 StGB**

Eine ggf. mitverwirklichte versuchte Nötigung tritt jedenfalls subsidiär zurück, weil sie keinem anderen Zweck diene, als die Freiheitsberaubung zu dulden.<sup>111</sup>

*Hinweis:* Falls im Rahmen der Prüfung der versuchten Freiheitsberaubung gem. §§ 239 Abs. 1, Abs. 2, 22, 23 Abs. 1 StGB (soeben I.) eine Strafbarkeit verneint wurde, muss man hier konsequenterweise zum selben Ergebnis kommen.

**III. §§ 223 Abs. 1, Abs. 2, 22, 23 Abs. 1 StGB**

Zudem ist F einer versuchten Körperverletzung gem. §§ 223 Abs. 1, Abs. 2, 22, 23 Abs. 1 StGB schuldig.

*Hinweis:* Falls im Rahmen der Prüfung der versuchten Freiheitsberaubung gem. §§ 239 Abs. 1, Abs. 2, 22, 23 Abs. 1 StGB (soeben I.) eine Strafbarkeit verneint wurde, muss man hier konsequenterweise zum selben Ergebnis kommen.

**IV. § 185 StGB (Trunkenheitsvorwurf)**

Durch den Vorwurf der Trunkenheit könnte F sich weiterhin wegen Beleidigung gem. § 185 StGB strafbar gemacht haben.

1. *Tatbestand*

a) *Objektiver Tatbestand*

Die Beleidigung ist die Kundgabe eigener Missachtung, Geringschätzung oder Nichtachtung gegenüber einem anderen.<sup>112</sup> Hierunter fällt auch der Vorwurf rechtswidrigen oder unsittlichen Verhaltens.<sup>113</sup> Da der Beleidigungstatbestand je-

doch im Lichte der Meinungsfreiheit gem. Art. 5 GG auszu-legen ist, sind derartige Behauptungen nur dann als Beleidigung aufzufassen, wenn sie entweder ausschließlich böswillig und gehässig vorgetragen werden oder jeglicher Grundlage entbehren.<sup>114</sup>

Vorliegend gab es für F keinerlei Anhaltspunkt für die Annahme, dass S alkoholisiert sei. Mit dieser Äußerung warf sie ihm implizit eine Straftat (§ 316 StGB) oder eine Ordnungswidrigkeit (§ 24a Abs. 1 StVG), jedenfalls aber ein gesellschaftlich missbilligtes Verhalten vor. Darin lag hier eine Beleidigung.

b) *Subjektiver Tatbestand*

F handelte auch vorsätzlich hinsichtlich des kränkenden Charakters ihrer Aussage. Bei Tatsachenbehauptungen ist aber darüber hinaus Vorsatz bzgl. deren Unwahrheit nötig.<sup>115</sup> Ein solcher Vorsatz ergibt sich jedoch aus dem Sachverhalt nicht.

*Hinweis:* Gehen die Bearbeiter dennoch von einem Vorsatz aus, kommt eine Rechtfertigung gem. § 193 StGB in Betracht. Zwar ist auch das Allgemeininteresse an der Strafverfolgung ein berechtigtes Interesse i.S.d. § 193 StGB.<sup>116</sup> Da der Trunkenheitsvorwurf der F jedoch gegenüber S und nicht gegenüber einem Strafverfolgungsorgan erfolgt, ist der Vorwurf gerade nicht geeignet, das berechnete Allgemeininteresse an der Strafverfolgung zu wahren.

2. *Ergebnis*

F ist aufgrund des Trunkenheitsvorwurfs nicht wegen Beleidigung gem. § 185 StGB strafbar.

**V. § 185 StGB (Nötigungsvorwurf)**

Eine Strafbarkeit wegen Beleidigung kommt aufgrund des Nötigungsvorwurfs in Betracht. Da jedoch insoweit Verdachtsmomente bestanden (s.o.), scheidet hier eine Beleidigung im Lichte der Meinungsfreiheit aus.

*Hinweis:* A.A. vertretbar. Spätestens jedoch der Vorsatz hinsichtlich der Unwahrheit der behaupteten zugrunde liegenden Tatsache liegt nicht vor, weil F insoweit von der Richtigkeit ihrer Annahme überzeugt ist.

**VI. § 164 Abs. 1 StGB**

Eine Strafbarkeit gem. § 164 Abs. 1 StGB scheidet aus, weil F die Vorwürfe nicht gegenüber einer der dort bezeichneten Stellen erhebt.

**VII. § 145d StGB**

Aus demselben Grund scheidet eine Strafbarkeit gem. § 145d StGB.

<sup>110</sup> Vgl. *Kühl* (Fn. 79), § 16 Rn. 13 m.w.N.

<sup>111</sup> Dazu *Eser/Eisele*, in: Schönke/Schröder (Fn. 1), § 240 Rn. 41.

<sup>112</sup> Exemplarisch *Rengier* (Fn. 62), § 20 Rn. 20.

<sup>113</sup> Etwa *Regge/Pegel*, in: Joecks/Miebach (Fn. 4), § 185 Rn. 9 m.w.N.

<sup>114</sup> Etwa *Regge/Pegel* (Fn. 113), § 185 Rn. 9.

<sup>115</sup> Vgl. etwa *Regge/Pegel* (Fn. 113), § 185 Rn. 32 m.w.N.

<sup>116</sup> *Joecks*, in: Joecks/Miebach (Fn. 4), § 193 Rn. 28.

**VIII. § 132 StGB**

Indem F versuchte, S festzuhalten, könnte sie sich wegen Amtsanmaßung gem. § 132 StGB strafbar gemacht haben.

*Hinweis:* Die Prüfung dieses Delikts wurde von den Bearbeitern nicht erwartet.

*1. Tatbestand**a) Objektiver Tatbestand*

Dazu müsste sie sich „mit der Ausübung eines öffentlichen Amtes befasst“ (Var. 1) oder eine Handlung vorgenommen haben, „welche nur kraft eines öffentlichen Amtes vorgenommen werden darf“ (Var. 2).

*aa) Ausübung eines öffentlichen Amtes*

Da F sich nicht als Inhaberin eines öffentlichen Amtes ausgegeben hat, dass sie in Wahrheit nicht bekleidet<sup>117</sup>, scheidet § 132 Var. 1 StGB aus.

*bb) Vornahme einer Handlung*

In Betracht kommt aber, dass F eine Handlung vorgenommen hat, die nur kraft eines öffentlichen Amtes hätte vorgenommen werden dürfen. Diese Variante wird von einer weit verbreiteten Auffassung so verstanden, dass auch Handlungen erfasst werden, die zwar grds. auch von Privatpersonen vorgenommen werden dürfen, sich aber im konkreten Einzelfall wie die Ausübung hoheitlichen Handelns darstellen.<sup>118</sup>

So stellt es sich bei einer Festnahme nach § 127 StPO dar: Es handelt sich hierbei um eine originär staatliche Aufgabe, die nur ausnahmsweise unter den Voraussetzungen des Abs. 1 S. 1 von einem Privatmann ausgeübt werden darf, ohne dass dadurch ihr hoheitliche Charakter verloren geht.<sup>119</sup> Selbst wenn im Einzelfall § 127 Abs. 1 S. 1 StPO einschlägig sein sollte, darf dadurch nicht der Anschein einer Amtshandlung erweckt werden. Dies ist etwa der Fall, wenn gewisse Förmlichkeiten eingehalten werden, die einer polizeilichen Festnahme ähneln, wie etwa die Eröffnung des Festnahmegrundes oder die Feststellung der Personalien.<sup>120</sup>

F hat jedoch nur das „grobe Fehlverhalten“ des S benannt. Hieraus allein ergibt nicht noch nicht der Anschein, dass es sich nicht um eine Festnahme nach § 127 Abs. 1 S. 1 StPO, sondern nach § 127 Abs. 2 StPO handeln könnte.

*Hinweis:* A.A. vertretbar. Dies gilt auch dann, wenn oben die Voraussetzungen des § 127 Abs. 1 S. 1 StPO als erfüllt angesehen wurden. In diesem Fall handelt F dann nicht „unbefugt“.

<sup>117</sup> Vgl. die Definition bei Krauß, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 5, 12. Aufl. 2009, § 132 Rn. 14.

<sup>118</sup> BayObLGSt 1956, 269 (270); BGHSt 40, 8 (13 f.); Krauß (Fn. 118), § 132 Rn. 14; Hohmann, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 3, 2. Aufl. 2012, § 132 Rn. 18; weiter noch RGSt 56, 156.

<sup>119</sup> Dazu eingehend Bülte, ZStW 121 (2009), 388 (378 ff.).

<sup>120</sup> Dazu RGSt 59, 291 (293, 298).

Hat man oben § 127 Abs. 1 S. 1 StPO abgelehnt und geht hier davon aus, dass das Verhalten der F bereits ausreicht, um den Anschein einer Handlung nach § 132 Var. 2 StGB anzunehmen, so handelt sie zwar unbefugt; der subjektive Tatbestand entfällt jedoch wegen eines Irrtums gem. § 16 Abs. 1 S. 2 StGB.<sup>121</sup>

*b) Zwischenergebnis*

Keine der beiden Varianten des § 132 StGB ist einschlägig.

*2. Rechtswidrigkeit und Schuld*

F hat sich nicht wegen Amtsanmaßung gem. § 132 StGB strafbar gemacht.

**IX. § 238 Abs. 1 StGB**

Eine Strafbarkeit gem. § 238 Abs. 1 StGB scheidet jedenfalls deshalb aus, weil F nicht „beharrlich“ handelt, was zumindest eine wiederholte Tatbegehung voraussetzt.<sup>122</sup>

**B. Strafbarkeit des S****I. § 223 Abs. 1 StGB**

Durch den Tritt könnte S sich wegen Körperverletzung gem. § 223 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben.

*1. Tatbestand*

In einem schmerzhaften Tritt in den Magen liegt jedenfalls eine üble und unangemessene Behandlung, die das körperliche Wohlbefinden mehr als nur unerheblich beeinträchtigt,<sup>123</sup> und damit eine körperliche Misshandlung gem. § 223 Abs. 1 Var. 1 StGB. Insoweit handelte S auch vorsätzlich i.S.d. § 15 StGB. Da es zu keinen länger anhaltenden, heilungsbedürftigen Folgen kommt, scheidet eine Gesundheitsschädigung gem. § 223 Abs. 1 Var. 2 StGB aus.

*2. Rechtswidrigkeit*

S müsste rechtswidrig gehandelt haben.

*a) Notwehr*

Er könnte jedoch durch Notwehr gem. § 32 StGB gerechtfertigt sein.

*aa) Notwehrlage*

Erforderlich ist daher zunächst eine Notwehrlage (Def. s.o.).

Ein Angriff (Def. s.o.) liegt vor, da F versucht, S zu packen und damit seine Fortbewegungsfreiheit und ggf. auch seine körperliche Unversehrtheit bedroht.

Gegenwärtig ist der Angriff, wenn er unmittelbar bevorsteht, bereits begonnen hat oder noch fort dauert.<sup>124</sup> Da der Angriff bereits begonnen hat, ist er auch gegenwärtig i.S.d. § 32 Abs. 2 StGB.

<sup>121</sup> Dazu Krauß (Fn. 122), § 132 Rn. 38.

<sup>122</sup> Vgl. BT-Drs. 16/575, S. 7.

<sup>123</sup> Etwa Rengier (Fn. 62), § 13 Rn. 7.

<sup>124</sup> Etwa Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 15 Rn. 21 m.w.N.

Rechtswidrig ist der Angriff, wenn er im Widerspruch zur Rechtsordnung steht.<sup>125</sup> Dies ist der Fall, zumal er hier auch nicht seinerseits durch einen Erlaubnissatz gedeckt ist (s.o.).

*Hinweis:* Kommt man oben zu einer Rechtfertigung der F durch § 127 Abs. 1 S. 1 StPO, liegt kein rechtswidriger Angriff vor; S ist nicht gem. § 32 StGB gerechtfertigt. Eine Rechtfertigung gem. § 34 StGB scheidet dann ebenfalls aus. S unterliegt dann jedoch einem Irrtum über rechtfertigende Umstände.

Je nach Ergebnis kann zudem über eine analoge Anwendung des § 113 Abs. 4 StGB nachgedacht werden (dazu *M. Wagner*, ZJS 2011, 465 [477]). Dies kann aber nur von hervorragenden Bearbeitern erwartet werden.

#### *bb) Notwehrhandlung*

Der Tritt richtete sich gegen F als Angreiferin.<sup>126</sup> Er war auch geeignet, den Angriff der F abzuwehren; mildere, jedoch gleich wirksame Mittel<sup>127</sup>, sind nicht ersichtlich. Auch für eine ausnahmsweise Beschränkung des Notwehrrechts im Rahmen der Gebotenheit besteht kein Anlass.

#### *cc) Verteidigungswille*

S handelte auch mit dem Willen, sich gegen den Angriff auf seine Freiheit zur Wehr zu setzen.

#### *dd) Zwischenergebnis*

Damit liegen die Voraussetzungen der Notwehr vor; S ist gem. § 32 StGB gerechtfertigt.

#### *b) Zwischenergebnis*

S handelte nicht rechtswidrig

### *3. Ergebnis*

S ist nicht strafbar wegen Körperverletzung gem. § 223 Abs. 1 StGB.

## **II. § 240 Abs. 1 StGB**

Aus denselben Gründen entfällt auch eine Strafbarkeit wegen einer eventuell mitverwirklichten Nötigung i.S.d. § 240 Abs. 1 StGB.

*Hinweis:* Wurde oben eine Notwehr abgelehnt und ein Irrtum über rechtfertigende Umstände geprüft, muss hier insoweit konsequent vorgegangen werden.

## **III. § 113 Abs. 1 StGB**

Eine Strafbarkeit gem. § 113 Abs. 1 StGB scheidet bereits deshalb aus, weil F keine Amtsträgerin i.S.d. § 11 Abs. 1 Nr. 2 StGB ist und auch nicht § 114 StGB unterfällt.<sup>128</sup>

---

<sup>125</sup> *Perron* (Fn. 7), § 32 Rn. 19/20 m.w.N.

<sup>126</sup> Dazu *Kühl* (Fn. 79), § 7 Rn. 84 ff.

<sup>127</sup> Dazu *Roxin* (Fn. 124), § 15 Rn. 42 ff.

<sup>128</sup> Dazu *Rosenau*, in: *Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann* (Fn. 122), § 114 Rn. 1.