

## Studienklausur im Strafrecht

stud. iur. Robin Dudda & stud. iur. Finja Maasjost

Die Studienklausur ist eine neue Art von Studienpraxisbeitrag. Der Hanover Law Review liegt viel daran, authentische Klausur- und Hausarbeitsleistungen zu veröffentlichen. Dennoch mangelt es manchmal an veröffentlichtungsfähigen Sachverhalten oder Leistungen aus gewissen Rechtsbereichen, um die Kategorie "Studienpraxis" divers und interessant aufzustellen. Dem begegnet die Studienklausur: Sie ist von Studierenden der Redaktion entworfen, gelöst und veröffentlicht.

Rechtstudent Roland (R) möchte sich während des Jurastudiums etwas dazuverdienen. Da R aufgrund seines intensiven Studiums der Ansicht ist, keine Zeit für einen Nebenjob zu haben, richtet er die Webseite [www.hausarbeitsliteratur.de](http://www.hausarbeitsliteratur.de) ein, auf welcher er eine kostenpflichtige Suchmaschine für Hausarbeitsliteratur anbietet. Dabei ist die Seite derart gestaltet, dass sie bei erster Betrachtung den Anschein einer entgeltfreien Nutzung erweckt. Bei Besuch der Webseite erscheint jedem Nutzer zunächst eine Anmeldemaske. Diese verlangt die Eingabe persönlicher Daten zur Registrierung und Erstellung eines Nutzerkontos. Bei der Anmeldung ist eine Verlinkung zu den Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) enthalten und jeder Nutzer muss zur Vervollständigung der Anmeldung das Feld „Die AGB wurden zur Kenntnis genommen und akzeptiert“ abhaken. Erst dann ist die Nutzung der Suchmaschine möglich. Die AGB sind durch die Verlinkung vollständig einsehbar. Sie umfassen bei einer Schriftgröße von 10 pt Times New Roman 36 Seiten. Hinweise auf ein Widerrufsrecht sind weder in den AGB, noch auf der Webseite enthalten. Auf Seite 34 der AGB heißt es: „Für die Nutzung der auf [www.hausarbeitsliteratur.de](http://www.hausarbeitsliteratur.de) angebotenen Leistungen für die Dauer von einem Jahr hat der Nutzer ein einmaliges Entgelt von EUR 89,95 zu entrichten.“ Nach Registrierung wird dem Nutzer automatisch eine Rechnung zugestellt.

R hat sich bei der Erstellung der Webseite bewusst für diese Gestaltung entschieden, damit potentielle Nutzer nicht durch die Kostenpflicht abgeschreckt werden und die Angebote einer kostenfreien Suchmaschine wahrnehmen. Dabei ist er sich bewusst, dass die Angabe des Entgeltes in den AGB gegen die Preisangabeverordnung (PAngV) verstößt. Aufgrund der selbst erfahrenen Frustration bei der Recherche für Hausarbeiten geht er davon aus, dass viele seiner Kommilitonen auf die Suchmaschine zurückgreifen werden.

Rechtstudentin Franziska (F) sitzt derweil verzweifelt über ihrer Strafrechtshausarbeit. Durch Zufall wird sie auf die Seite des R aufmerksam. Da die Literatursuche bisher recht aussichtslos verlief, gibt sie auf der Seite des R ihre persönlichen Daten an und hakt das AGB-Kästchen ab, ohne diese zuvor gelesen zu haben. Anschließend gibt sie das Thema ihrer Hausarbeit ein und klickt auf den Button „Suche starten“. Dabei geht sie anhand der Gestaltung der Webseite von einer entgeltfreien Nutzung aus.

Nachdem R mittlerweile sein restliches Geld für Kaltgetränke ausgegeben hat und er immer noch keine Zahlung von F erhalten hat, reicht es ihm. Bei der nächsten Vorlesung greift R in die Jacke der F, welche diese in der 15-Minuten-Pause achtlos auf ihrem Stuhl zurückgelassen hat, entnimmt ihrem Portemonnaie EUR 90,00 und legt ihr dafür fünf Cent zurück. Zwar ist sich R bewusst, dass er keinen Anspruch auf ebendiese entnommenen Scheine hat, jedoch geht R aufgrund der ausstehenden Entgeltzahlung davon aus, dass ihm die EUR 89,95 zustehen. Das Geld verwahrt R in seiner Hosentasche und investiert es noch am gleichen Abend in weitere Kaltgetränke.

R hat nun endgültig genug von seinen Webseiten und zahlungsunwilligen Kommilitonen und beschließt daher mit seiner Mutter Mathilde (M) und seinem Vater Viktor (V) gemeinsam einen Familienurlaub am Strand zu verbringen. R hat bis zu seinem 23. Lebensjahr im Haus seiner Eltern gelebt und nach wie vor einen guten Kontakt zu beiden Elternteilen. Er besucht sie mehrmals in der Woche für mehrere Stunden. M leidet seit einiger Zeit an erheblichen Rückenbeschwerden. Selbst eine stationäre Krankenhausbehandlung vor circa einem halben Jahr konnte ihren Zustand nicht merklich verbessern. M wiegt aufgrund ihrer Beschwerden nur noch 41 kg und befindet sich in einem schlechten gesundheitlichen Allgemeinzustand. Der an Epilepsie erkrankte R sollte nicht weiter belastet werden,

deshalb einigten sich M und V, dass der V allein die Pflege der M übernehmen solle.

Um ihr Leben im Urlaub endlich mal wieder etwas zu genießen, geht M bei leichtem Wellengang ins Wasser. Bereits nach wenigen Minuten kann sich M nicht mehr über Wasser halten und droht kraftlos zu ertrinken. R, der seine professionelle Schwimmkarriere wegen seiner Epilepsieerkrankung, die ihn im Wasser bereits einige Male in Lebensgefahr gebracht hat, beenden musste, wurde auf das Geschehen vom Strand aus aufmerksam. Er erkennt, dass M ohne seine Hilfe ertrinken wird. Er unternimmt jedoch nichts; er ist der Ansicht, dass M für ihre Situation allein verantwortlich sei.

Der an Demenz erkrankte V war am Strand eingeschlafen und konnte wegen seiner Krankheit den Gesundheitszustand seiner Frau auch nicht mehr einschätzen. Bei einer sofortigen Rettungsaktion durch R wäre M gerettet worden.

**Wie hat sich R nach dem StGB strafbar gemacht? Ggf. erforderliche Strafanträge sind gestellt. § 291 StGB ist nicht zu prüfen.**

## EINORDNUNG

Die Problematik der Kosten- bzw. Abofallen im Internet bietet eine Vielzahl an möglichen Klausurkonstellationen, welche vom Bearbeiter eine genaue Einzelfallbetrachtung und saubere Subsumtionen erfordert. Insbesondere der Einfluss des Europarechts auf die Auslegung des deutschen Strafrechts kann dabei zu erheblichen Schwierigkeiten führen. Ebenso klausur- und examensrelevant ist die Problematik der Rechtswidrigkeit der Bereicherung bei einem vermeintlich bestehenden fälligen und einredefreien Anspruch. Probleme bereiten dabei häufig die sogenannten Geldschulden, welche häufig zur voreiligen Ablehnung der Rechtswidrigkeit führen. Aber auch die Einordnung und Auswirkung eines Irrtums über die Rechtswidrigkeit der Bereicherung bereitet vielen Bearbeitern Schwierigkeiten. Die Problematiken werden in der nachfolgenden Bearbeitung in einer möglichen Konstellation dargestellt.

Weiterhin wird sich mit der Garantenpflicht der Kinder gegenüber ihren Eltern auseinandersetzen. Diese spielt insbesondere bei den unechten Unterlassungsdelikten eine erhebliche Rolle. Dabei ergibt sich eine derartige Garantenpflicht aus dem Wertungsmaßstab des § 1618a BGB, wobei der Gehalt der geschuldeten familiären Solidarität von den Umständen des Einzelfalls abhängig ist.

## GUTACHTERLICHE LÖSUNG

### 1. Tatkomplex: Kostenfalle

#### A. Strafbarkeit des R gem. §§ 263 Abs. 1, Abs. 3 S. 2 Nr. 1, Nr. 2 Alt. 2 StGB

R könnte sich gem. §§ 263 Abs. 1, Abs. 3 S. 2 Nr. 1, Nr. 2 Alt. 2 StGB durch das Betreiben der Internetseite wegen Beutes gegenüber und zu Lasten von F in einem besonders schweren Fall strafbar gemacht haben.

#### Betrug, § 263 StGB

##### I. Tatbestand

###### 1. Objektiver Tatbestand

- a. Täuschung
- b. Dadurch: Irrtum
- c. Dadurch: Vermögensverfügung

###### d. Dadurch: Vermögensschaden

###### 2. Subjektiver Tatbestand

- a. Vorsatz
- b. Bereicherungsabsicht
  - aa. Bereicherung
  - bb. Stoffgleichheit der Bereicherung

###### 3. Rechtswidrigkeit der Bereicherung

##### II. Rechtswidrigkeit

##### III. Schuld

##### IV. Strafzumessung: Besonders schwerer Fall

### I. Tatbestand

Hierzu müsste R den Tatbestand des §§ 263 Abs. 1, Abs. 3 S. 2 Nr. 1, Nr. 2 Alt. 2 StGB erfüllt haben.

## 1. Objektiver Tatbestand

Dafür müsste der objektive Tatbestand erfüllt sein.

### a) Täuschung

Zuerst müsste R über Tatsachen getäuscht haben. Tatsachen sind alle konkreten Geschehnisse und Zustände der Vergangenheit oder Gegenwart, die dem Beweis zugänglich sind.<sup>1</sup> Eine Täuschung ist jede Einwirkung auf das Vorstellungsbild eines anderen Menschen mit dem Ziel der Irreführung durch kommunikative Einwirkung.<sup>2</sup> Diese kann durch aktives Tun, Unterlassen oder konkudent erfolgen. Eine Täuschung durch aktives Tun ist die Vorspiegelung falscher oder die Entstellung oder Unterdrückung wahrer Tatsachen.<sup>3</sup> R hat nicht ausdrücklich angegeben, dass die Nutzung der Internetseite kostenfrei sei. Zwar ist die Entgeltlichkeit ein konkreter Zustand der Gegenwart und damit eine Tatsache, jedoch hat R die Kostenfreiheit nicht vorgespielt. Eine aktive Täuschung scheidet damit aus. Es könnte sich vorliegend jedoch um eine konkudente Täuschung handeln. Eine solche liegt vor, wenn der Täter die Unwahrheit durch sein Verhalten schlüssig miterklärt.<sup>4</sup> Für die Bestimmung ist das Gesamtverhalten des Täters unter Berücksichtigung der Verkehrsanschauung heranzuziehen.<sup>5</sup> R gestaltete die Internetseite so, dass für Nutzer nicht ohne Weiteres erkennbar war, ob diese kostenpflichtig ist. Vielmehr hat er die Entgeltlichkeit nur im Rahmen der umfangreichen AGB vermerkt. Diese waren nur durch Aufrufen eines weiteren Links sichtbar. Eine derartige Gestaltung könnte gegen die Preisangabenverordnung (PAngV) verstossen. Diese erfordert gem. § 1 Abs. 6 PAngV, dass die Angaben bezüglich der Entgeltlichkeit leicht erkennbar sowie deutlich lesbar oder sonst gut wahrnehmbar sein müssen. Die Entgeltlichkeit ist hier jedoch nur auf Seite 34 der separat verlinkten AGB einsehbar. Soweit dem Nutzer die Entgeltlichkeit nicht zu Beginn der Nutzung mitgeteilt wird, muss er

nicht damit rechnen, dass sich ein solcher Hinweis nur in den AGB befindet.<sup>6</sup> Die bloße Angabe der Entgeltlichkeit im Rahmen der AGB genügt den Anforderungen an Preis-Klarheit und Preiswahrheit somit nicht.<sup>7</sup> Zudem wurde der Hinweis auf die Entgeltlichkeit in den AGB nicht zu Beginn in Form eines Blickfangs vermerkt, sondern erst auf Seite 34. Damit konnte der Hinweis nur von einem Nutzer wahrgenommen werden, der die AGB einer eingehenden Prüfung unterzogen hat. Eine solche ausführliche Kenntnisnahme ist jedoch von den wenigsten Nutzern zu erwarten.<sup>8</sup> Damit liegt ein Verstoß gegen die PAngV vor. Dieser spricht erheblich für die Annahme einer Täuschung.<sup>9</sup> Eine derartige Gestaltung führt zu einer Verschleierung der Kostenpflichtigkeit der angebotenen Leistung und spricht für eine bezweckte Verhinderung der Kenntnisnahme durch die Nutzer.<sup>10</sup> Dies gilt unabhängig davon, ob der Irrtum für die Nutzer vermeidbar oder erkennbar war.<sup>11</sup> Folglich ist durch die Gestaltung der Internetseite grundsätzlich eine konkudente Täuschung durch R gegenüber der Nutzer anzunehmen.

Fraglich erscheint, ob eine derart weite Auslegung des Täuschungsbegriffs mit dem europäischen Verbrauchерleitbild der Richtlinie 2005/29/EG vereinbar ist. Diese geht bei der Beurteilung von unlauteren Geschäftspraktiken von einem durchschnittlich informierten und verständigen Internetnutzer aus. Dahingegen schützt der deutsche Täuschungsbegriff auch den „exquisit Dummen“, welcher Täuschungen verkennt, die anderen evident sind.<sup>12</sup> Vorliegend hätte F die Entgeltlichkeit bei genauem Lesen der AGB erkennen können. Demnach ist strittig, ob der Täuschungsbegriff europarechtskonform auszulegen ist.

### aa. Eine Ansicht

Nach einer Ansicht sei § 263 StGB europarechtskonform auszulegen, sodass eine Täuschung nur dann vorliege, wenn eine im Geschäftsverkehr getätigte Aussage geeignet ist, eine informierte, aufmerksame und verständige Person

<sup>1</sup> Rengier, Strafrecht – Besonderer Teil I, 20. Aufl. 2018, § 13 Rn. 4.

<sup>2</sup> Perron in: Schönke/Schröder, Kommentar zum Strafgesetzbuch, 30. Aufl. 2019, § 263 Rn. 11; Rengier, BT I (Fn. 1), § 13 Rn. 9; Wessels/Hillenkamp/Schuhr, Strafrecht Besonderer Teil II, 41. Aufl. 2018, Rn. 490.

<sup>3</sup> Eisele, Strafrecht – Besonderer Teil II, 4. Aufl. 2017, Rn. 521.

<sup>4</sup> BGH NJW 2007, 782 (784); Perron in: Schönke/Schröder (Fn. 2), § 263 Rn. 14f.

<sup>5</sup> BGH NJW 2007, 782 (784); Fischer, Kommentar zum StGB, 66. Aufl. 2019, § 263 Rn. 21; Perron in: Schönke/Schröder (Fn. 2), § 263 Rn. 14f.; Saliger in: Matt/Renzikowski, Strafgesetzbuch Kommentar, 2013, § 263 Rn. 32.

<sup>6</sup> OLG Frankfurt a. M. NJW 2011, 398 (402).

<sup>7</sup> BGH NJW 2014, 2595 (2596); OLG Frankfurt a. M. GRUR-RR 2009, 265 (266).

<sup>8</sup> OLG Frankfurt a. M. NJW 2011, 398 (402).

<sup>9</sup> BGH NJW 2014, 2595 (2596); Krack, Betrug durch Betreiben von Abfallen – Zur Entscheidung BGH, Urt. v. 5.3.2014 – 2 StR 616/12, ZIS 2014, 536 (539).

<sup>10</sup> BGH NJW 2014, 2595 (2596).

<sup>11</sup> BGH NJW 2014, 2595 (2598); Fischer (Fn. 5), § 263 Rn. 28b.

<sup>12</sup> Samson, Grundprobleme des Betrugstatbestandes (1. Teil), JA 1978, 469 (471); Soyka, Einschränkungen des Betrugstatbestands durch sekundäres Gemeinschaftsrecht am Beispiel der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken, wistra 2007, 127 (127).

zu täuschen.<sup>13</sup> Die Entgeltlichkeit der Nutzung der Internetseite konnte den AGB bei aufmerksamen Lesen durch F entnommen werden. Mithin wäre eine durchschnittlich aufmerksame Person nicht getäuscht worden. Folgte man dieser Ansicht, läge keine konkludente Täuschung der Nutzer vor.

### **bb. Andere Ansicht**

Nach einer anderen Ansicht sei die richtlinienkonforme Auslegung im Strafrecht zwar generell anerkannt, jedoch erfolge keine Übertragung des Leitbilds auf den Betrugstatbestand.<sup>14</sup> Folgte man dieser Ansicht, läge trotz Erkennbarkeit der Entgeltlichkeit eine konkludente Täuschung vor.

### **cc. Stellungnahme**

Die Ansichten kommen zu verschiedenen Ergebnissen, sodass eine Stellungnahme erforderlich ist. Für die erstgenannte Ansicht spricht, dass die Richtlinie grundsätzlich eine Vollharmonisierung gebietet, sodass der von der Richtlinie gesetzte Schutzstandard weder unter- noch überschritten werden darf.<sup>15</sup> Demnach können Geschäftspraktiken, die unterhalb dieses Standards fallen, nicht abweichend durch nationales Recht sanktioniert werden.<sup>16</sup> Andernfalls erfolgt ein Verstoß gegen die Einheit der Rechtsordnung sowie gegen den ultima-ratio-Grundsatz des Strafrechts.<sup>17</sup> Die Strafbarkeit gewisser Geschäftspraktiken könnte sich für den Binnenmarkt als Maßnahme gleicher Wirkung i.S.d. Art. 34 AEUV darstellen, sodass ohne eine richtlinienkonforme Auslegung des Betrugstatbestandes eine Kollision mit der Warenverkehrsfreiheit droht.<sup>18</sup> Die Konsequenz einer divergierenden Auslegung des Täuschungsbegriffes ist eine Zersplitterung

des Betrugstatbestandes und eine drohende Verletzung des Bestimmtheitsgebotes.<sup>19</sup>

Für die zweitgenannte Auffassung spricht, dass ein absoluter Vorrang der richtlinienkonformen Auslegung im Konflikt mit der eingeschränkten Gesetzgebungscompetenz der Union im Strafrecht sowie mit dem Grundsatz zur weitgehenden Erhaltung nationaler Vorschriften steht.<sup>20</sup> Daher besteht die Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung nicht grenzenlos.<sup>21</sup> Der normative Gehalt der nationalen Vorschrift darf gerade nicht durch eine richtlinienkonforme Auslegung grundlegend neu bestimmt werden.<sup>22</sup> Zudem würde es bei einem Ausschluss der Leichtgläubigkeit zu einer problematischen Grenzziehung zwischen relevanter und irrelevanter Täuschung kommen.<sup>23</sup>

Ferner kann nur dort eine Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung bestehen, wo die Richtlinie sachlich und persönlich anwendbar ist.<sup>24</sup> Die Richtlinie schließt durch ihren Verbraucherbegriff grundsätzlich juristische Personen vom persönlichen Anwendungsbereich aus, sodass eine Privilegierung von leichtgläubigen Unternehmern gegenüber leichtgläubigen Verbrauchern erfolgt.<sup>25</sup> Durch eine solche Differenzierung kommt es erst Recht zu einer Zersplitterung des Betrugstatbestandes und massiven Strafbarkeitslücken.<sup>26</sup> Hiergegen wird eingewendet, dass weder der Wortlaut des § 263 StGB einer richtlinienkonformen Auslegung entgegensteht noch der Sinn des Tatbestandes ins Gegenteil verkehrt wird.<sup>27</sup> Ferner wird die Nichtbeachtung des Europarechts weder dem Loyalitätsgebot aus Art. 4 Abs. 3 Abs. 2, Abs. 3 EUV noch der Verpflichtung zur richtlinienkonformen Auslegung nach Art. 288 Abs. 3 AEUV gerecht.<sup>28</sup> Überdies sieht die Richtlinie selbst Ausnahmen für besonders schutzwürdige Personen

<sup>13</sup> Hecker, Strafrecht BT: Betrug durch irreführende Gestaltung einer Internetseite, JuS 2014, 1043 (1045); Saliger in: Matt/Renzikowski (Fn. 5), § 263 Rn. 109; Satzger in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, Strafgesetzbuch Kommentar, 4. Auflage 2019, § 263 Rn. 118; Soyka (Fn. 12), wistra 2007, 127 (129); Gaede in: AnwaltkommentarStGB, 2. Auflage 2014, § 263 Rn. 23.

<sup>14</sup> BGH NJW 2014, 2595 (2597f.); Fischer (Fn. 5), § 263 Rn. 28b; Erb, Gängige Formen suggestiver Irrtumserregung als betrugrelevante Täuschungen, ZIS 2011, 368 (375f.); Krack (Fn. 9), ZIS 2014, 536 (540); Tiedemann in: Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch Bd. 9, 12. Auflage 2012, vor § 263 Rn. 40.

<sup>15</sup> Erb (Fn. 14), ZIS 2011, 368 (375); Heger, Unionskonforme Auslegung des Betrugstatbestandes?, HRSS 2014, 467 (468); Satzger in SSW (Fn. 13), § 263 Rn. 121; Soyka (Fn. 12), wistra 2007, 127 (129).

<sup>16</sup> Hecker (Fn. 13), JuS 2014, 1043 (1045); Saliger in: Matt/Renzikowski (Fn. 5), § 263 Rn. 61, 109; Satzger in: SSW (Fn. 13), § 263 Rn. 121; Soyka (Fn. 12), wistra 2007, 127 (129).

<sup>17</sup> Satzger in: SSW (Fn. 13), § 263 Rn. 122.

<sup>18</sup> Saliger in: Matt/Renzikowski (Fn. 5), § 263 Rn. 109; Satzger in: SSW (Fn. 13), § 263 Rn. 118.

<sup>19</sup> Saliger in: Matt/Renzikowski (Fn. 5), § 263 Rn. 61; Soyka (Fn. 12), wistra 2007, 127 (130f.).

<sup>20</sup> BGH NJW 2014, 2595 (2597).

<sup>21</sup> BGH NJW 2014, 2595 (2597f.).

<sup>22</sup> BGH NJW 2014, 2595 (2597); Heger (Fn. 15), HRSS 2014, 467 (470).

<sup>23</sup> Soyka (Fn. 12), wistra 2007, 127 (131).

<sup>24</sup> Heger (Fn. 15), HRSS 2014, 467 (468).

<sup>25</sup> Heger (Fn. 15), HRSS 2014, 467 (468f.).

<sup>26</sup> Heger (Fn. 15), HRSS 2014, 467 (469).

<sup>27</sup> Satzger in: SSW (Fn. 13), § 263 Rn. 121.

<sup>28</sup> Krack (Fn. 9), ZIS 2014, 536 (541).

vor.<sup>29</sup> Allerdings kommt es bei einem Ausschluss zu einer unbilligen Viktimdogmatik, welche sich dezidierend auf den angestrebten Verbraucherschutz auswirkt und im Betrugstatbestand grundsätzlich abgelehnt wird.<sup>30</sup> So steht die richtlinienkonforme Auslegung durch die ausschließliche Sanktionierung von Täuschungen gegenüber Durchschnittsverbrauchern im Widerspruch zum intendierten Rechtsgüterschutz des § 263 StGB, welcher Schutz unabhängig von einer Opfermitverantwortung gewährleisten soll.<sup>31</sup>

Alles in allem vermögen die Argumente der erstgenannten Ansicht nicht zu überzeugen. Es kann gerade nicht im Sinne des Europarechts und damit Zweck der Richtlinie sein, die bewusste Ausnutzung von Leichtgläubigkeit straffrei zu stellen.<sup>32</sup> Irreführende und auf Täuschung abzielende Praktiken sind gerade nicht vom Zweck der Richtlinie erfasst.<sup>33</sup> Art. 5 Abs. 5 i.V.m. Nr. 7, 21, 31 der Richtlinie legt den Schluss nahe, dass es bei der Richtlinie ausschließlich um wirtschaftlich werthaltige Produkte geht und nicht um solche, für die ein verständiger Nutzer aufgrund der oberflächlichen Verschleierung der Bereicherung kein Geld ausgeben würde.<sup>34</sup> Sonst würden betrugsähnliche Vorgehensweisen, die sich nicht als reguläre Marketingstrategien eignen durch das Unionsrecht geschürt.<sup>35</sup> Mithin wird der zweitgenannten Ansicht gefolgt, sodass eine konkludente Täuschung trotz Erkennbarkeit der Entgeltlichkeit mithilfe der AGB vorliegt.

**Anmerkung:** Alternativ könnte bei guter Argumentation auch darauf abgestellt werden, dass ein nach dem Verbraucherleitbild durchschnittlich verständiger Mensch vorliegend durch die Seiten- und AGB-Gestaltung gleichwohl getäuscht worden wäre (vgl. OLG Frankfurt a.M. NJW 2011, 398 (400ff.) und BGH NJW 2014, 2595 (2598)). Wird eine konkludente Täuschung abgelehnt, so müsste anschließend eine Täuschung durch Unterlassen geprüft werden. Eine solche liegt vor, wenn jemand entgegen der tatsächlichen

Möglichkeit und einer rechtlichen Aufklärungspflicht die Entstehung oder Aufrechterhaltung eines Irrtums nicht verhindert. Die gesetzliche Pflicht, ausdrücklich auf die Entgeltlichkeit hinzuweisen, ergibt sich aus § 312j III BGB. Demnach muss ein Verbraucher deutlich auf eine entstehende Zahlungspflicht hingewiesen werden. Mithin läge eine Täuschung durch Unterlassen gegenüber F vor.

#### b) Dadurch: Irrtum

Weiterhin müsste sich F aufgrund der Täuschung geirrt haben. Ein Irrtum ist jede Fehlvorstellung über die Tatssache, die Gegenstand der Täuschung war.<sup>36</sup> F glaubte aufgrund der Gestaltung der Webseite, dass die Nutzung kostenfrei sei, obwohl diese in Wahrheit EUR 89,95 kostete. Damit unterlag sie hinsichtlich der Entgeltlichkeit der Webseite einer Fehlvorstellung und mithin einem Irrtum.

#### c) Dadurch: Vermögensverfügung

Ferner müsste F auch über Vermögen verfügt haben. Dies meint jedes Handeln, Dulden oder Unterlassen, das sich unmittelbar vermögensmindernd auswirkt, freiwillig und mit Verfügungsbewusstsein erfolgt.<sup>37</sup> Bisher hat F das Entgelt nicht entrichtet. Jedoch kommt auch eine Vermögensverfügung durch das Anklicken des „Suche starten“-Buttons in Betracht. Mit Anklicken des Buttons geben die Nutzer eine auf Abschluss eines verpflichtenden Vertrages gerichtete Willenserklärung zur Inanspruchnahme der angebotenen Leistung der Webseite ab.<sup>38</sup> Das täuschungsbedingte Fehlen des Verfügungsbewusstseins ist dabei für die Annahme einer Vermögensverfügung bei einem Forderungsbetrug unbedeutlich.<sup>39</sup> Fraglich erscheint, wie sich eine eventuelle zivilrechtliche Unwirksamkeit auf die Annahme der Vermögensverfügung auswirkt. Vorliegend könnte es bereits an dem für eine wirksame Willenserklärung notwendigen Erklärungsbewusstsein fehlen. Dies ist jedoch nicht der Fall, soweit zumindest eine Zurechenbarkeit des äußeren Tatbestandes gegeben ist.<sup>40</sup> Durch Anklicken des Buttons

<sup>29</sup> Satzger in: SSW (Fn. 13) § 263 Rn. 122.

<sup>30</sup> Soyka (Fn. 12), wistra 2007, 127 (131);

<sup>31</sup> BGH NJW 2014, 2595 (2597)

<sup>32</sup> BGH NJW 2014, 2595 (2597); Heger (Fn. 15), HRRS 2014, 467 (473).

<sup>33</sup> BGH NJW 2014, 2595 (2597); Erb (Fn. 14), ZIS 2011, 368 (376).

<sup>34</sup> Erb (Fn. 14), ZIS 2011, 368 (376).

<sup>35</sup> Ebd.

<sup>36</sup> Eisele, BT II (Fn. 3), Rn. 541; Tiedemann in: LK-StGB Bd. 9 (Fn. 14), § 263 Rn. 77.

<sup>37</sup> Eisele, BT II (Fn. 3), Rn. 554; Wessels/Hillenkamp/Schuhr, BT 2 (Fn. 2), Rn. 515.

<sup>38</sup> OLG Frankfurt a.M., NJW 2011, 398 (403).

<sup>39</sup> OLG Frankfurt a.M., NJW 2011, 398 (403); Fischer (Fn. 5), § 263 Rn. 74; Perron in: Schönke/Schröder (Fn. 2), § 263 Rn. 60;

Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch Kommentar, 29. Aufl. 2018, § 263 Rn. 24; Wessels/Hillenkamp/Schuhr, BT 2 (Fn. 2), Rn. 518.

<sup>40</sup> BGH NJW 1984, 2279 (2280); OLG Frankfurt a.M. NJW 2011, 398 (403); Ellenberger in:

Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch (Kommentar), 78. Aufl. 2019, Vor § 116 Rn. 17.

erklärte F aus Sicht eines objektiven Betrachters ihr Einverständnis mit den genannten Konditionen. Somit ist der äußere Tatbestand bei Abofallen gegeben.<sup>41</sup> Auch eine mögliche zivilrechtliche Unwirksamkeit nach dem AGB-Recht und § 312j Abs. 4 BGB bleiben unberücksichtigt. Für die Annahme einer Vermögensverfügung ist lediglich das tatsächliche Einwirken des Getäuschten auf sein Vermögen maßgeblich, sodass eine mögliche zivilrechtliche Unwirksamkeit oder Anfechtbarkeit unbeachtlich bleibt.<sup>42</sup> Der Schein einer vertraglichen Bindung ist dabei für die Annahme einer Vermögensverfügung ausreichend.<sup>43</sup> F nahm durch das Anklicken des Buttons die Nutzungsmöglichkeiten der Webseite in Anspruch und begründete damit augenscheinlich eine vertragliche Beziehung mit T. Zudem werden durch das Anklicken des Buttons für den Nutzer ein Prozessrisiko sowie die Gefahr der Einwirkung auf sein Vermögen geschaffen, sodass von einer tatsächlichen Einwirkung auf sein Vermögen auszugehen ist.<sup>44</sup> Schließlich müsste auch das Unmittelbarkeitserfordernis erfüllt sein. Demnach darf grundsätzlich zwischen der Handlung des Tatopfers und dem Eintritt der Verfügungserfolges keine Zwischenhandlung eines Dritten liegen.<sup>45</sup> Vorliegend erfolgt die Annahmeerklärung durch eine automatisierte Zustellung der Rechnung und somit gerade nicht durch eine Handlung des T. Mithin ist dem Unmittelbarkeitserfordernis genüge getan, sodass eine Vermögensverfügung seitens der F vorliegt.

**Anmerkung:** Soweit eine Vermögensverfügung mangels wirksamen Vertragsabschlusses abgelehnt wird, ist die Prüfung zu beenden und im Anschluss ein versuchter Betrug im besonders schweren Fall zu prüfen.

#### d) Dadurch: Vermögensschaden

Letztlich müsste F auch ein Vermögensschaden entstanden sein. Ein solcher liegt vor, wenn ein Vergleich der Vermögenslage vor und nach der Vermögensverfügung

ein nichtkompensierte Minus ergibt.<sup>46</sup> Dabei ist zwischen Erfüllungs- und Eingehungsbetrug zu unterscheiden. Ein Erfüllungsbetrug liegt vor, wenn es nach Vertragsschluss auch zum Austausch von Leistungen gekommen ist.<sup>47</sup> Ein Erfüllungsbetrug scheidet mangels Zahlung des Entgeltes durch F aus. Um einen Eingehungsbetrug handelt es sich, soweit eine Täuschung bei Vertragsschluss vorliegt und der Getäuschte noch keine Leistung erbracht hat.<sup>48</sup> Ein Eingehungsbetrug scheidet jedoch aus, soweit der Vertrag nichtig ist.<sup>49</sup> Unabhängig vom Fehlen eines Rechtsbindungswillen, eines möglichen Anfechtungs- oder Widerrufsrechts ist der Vertrag durch Verstoß gegen § 312j Abs. 3 BGB mangels ausdrücklichem Hinweis auf die Entgeltlichkeit gem. § 312j Abs. 4 BGB nichtig. Weiterhin kommt ein Gefährdungsschaden in Betracht. Ein Gefährdungsschaden liegt vor, wenn die Wahrscheinlichkeit eines endgültigen Verlustes so groß ist, dass dies bereits jetzt eine objektive Minderung des Gesamtvermögenswertes zur Folge hat.<sup>50</sup> Dabei ist ein Gefährdungsschaden nur restriktiv anzunehmen.<sup>51</sup> F hat ihre persönlichen Daten auf der Webseite eingegeben, die Suchfunktion gestartet und ist dadurch eine vermeintliche vertragliche Beziehung mit R eingegangen. Damit bestand grundsätzlich die Möglichkeit, dass F die Zahlung in Unkenntnis der Nichtigkeit des Vertrages tätigt. Allerdings ist dies für die Annahme eines Gefährdungsschadens unzureichend.<sup>52</sup> Die Gefahr der Leistung stellt lediglich die Gefahr einer Vermögensverfügung dar, welche zudem nicht auf der Täuschung durch die Gestaltung der Webseite, sondern auf der mit der Rechnungsversendung einhergehenden Vorspiegelung einer nicht existierenden Forderung beruht.<sup>53</sup> Mithin handelt es sich bei der vermeintlichen Verpflichtung lediglich um eine Vorbereitungshandlung.<sup>54</sup> Schließlich könnte ein Gefährdungsschaden nur noch in der Beweislast der Nichtigkeit und dem damit einhergehenden Prozessrisiko gesehen werden. Bei einem offenkundigen Verstoß gegen gesetzliche Normen ist dieses jedoch zu gering, um vorliegend bereits einen Schaden zu

<sup>41</sup> OLG Frankfurt a.M. NJW 2011, 398 (403).

<sup>42</sup> OLG Frankfurt a.M. NJW 2011, 398 (403); Lackner/Kühl (Fn. 39), § 263 Rn. 23; Perron in: Schönke/Schröder (Fn. 2), § 263 Rn. 55; Wessels/Hillenkamp/Schuhr, BT 2 (Fn. 2), Rn. 515.

<sup>43</sup> Perron in: Schönke/Schröder (Fn. 2), § 263 Rn. 56.

<sup>44</sup> BGH NJW 2014, 2595 (2597).

<sup>45</sup> Fischer (Fn. 5), § 263 Rn. 76; Lackner/Kühl (Fn. 39), § 263 Rn. 22.

<sup>46</sup> BGH NStZ 2016, 674 (675); Wessels/Hillenkamp/Schuhr, BT 2 (Fn. 2), Rn. 538.

<sup>47</sup> BVerfG NJW 2012, 907 (916); Eisele, BT II (Fn. 3), Rn. 588.

<sup>48</sup> BGH NStZ 2016, 674 (675); Beukelmann in: Heintschel-Heinegg, 3. Aufl. 2018, § 263 Rn. 65.2.

<sup>49</sup> Fischer (Fn. 5), § 263 Rn. 176a; Hefendehl in: Münchener Kommentar zum StGB Bd. 5, 3. Aufl. 2019, § 263 Rn. 813; Rengier, BT I (Fn. 1), § 13 Rn. 14a; Krell, Betrugsschaden und Versuchsbeginn bei Abo-Fallen im Internet, ZIS 2019, 62 (63).

<sup>50</sup> Beukelmann in: Heintschel-Heinegg (Fn. 48), § 263 Rn. 65.2; Eisele, BT II, Rn. 583; Fischer (Fn. 5), § 263 Rn. 159.

<sup>51</sup> BVerfG NJW 2012, 907 (916); BVerfG NJW 2010, 3209 (3216).

<sup>52</sup> Hefendehl in: MüKoStGB (Fn. 49), § 263 Rn. 813.

<sup>53</sup> Krell (Fn. 49), ZIS 2019, 62 (63f.); Hefendehl in: MüKoStGB (Fn. 49), § 263 Rn. 813; Krack (Fn. 9), ZIS 2014, 536 (543).

<sup>54</sup> Eisele, Zur Strafbarkeit von sog. „Kostenfallen“ im Internet, NStZ 2010, 193 (197).

begründen. Folglich kommen mangels wirksamen Vertragsschlusses weder ein Eingehungsbetrug noch ein Ge-

**Anmerkung:** Sollte der Ansicht des BGH hinsichtlich des Vorliegens eines Gefährdungsschadens mit persönlichem Schadenseinschlag gefolgt werden, liegt ein vollendetes Betrug zu Lasten der F vor. Zu beachten ist insbesondere, dass aufgrund der Beweislast eine mögliche Anfechtung nach § 123 BGB die Annahme einer Vermögensgefährdung nicht ausschließt. Zudem besteht das Anfechtungsrecht nur aufgrund der Täuschung, sodass es keine hinreichende Schadenskompensation darstellt (vgl. Eisele, NStZ 2010, 193 (197)). Im Anschluss wäre § 246 Abs. 1 StGB zu prüfen, welcher im Wege der Gesetzeskonkurrenz hinter § 263 StGB zurücktritt.

fährdungsschaden in Betracht.

## 2. Zwischenergebnis

Mangels Vermögensschadens ist der objektive Tatbestand nicht erfüllt.

## II. Ergebnis

R hat sich nicht gem. §§ 263 Abs. 1, Abs. 3 S. 2 Nr. 1, Nr. 2 Alt. 2 StGB strafbar gemacht.

### B. Strafbarkeit des R gem. §§ 263 Abs. 1, Abs. 2, Abs. 3 S. 2

#### Nr. 1, Nr. 2 Alt. 2, 22, 23 Abs. 1 StGB

R könnte sich gem. §§ 263 Abs. 1, Abs. 2, Abs. 3 S. 2 Nr. 1, Nr. 2 Alt. 2, 22, 23 Abs. 1 StGB durch das Betreiben der Internetseite wegen versuchten Betruges gegenüber und zu Lasten der F in einem besonders schweren Fall strafbar

### Versuch, §§ 22, 23 StGB

- I. Vorprüfung
  - 1. Nichtvollendung
  - 2. Strafbarkeit des Versuchs
- II. Tatentschluss
- III. Unmittelbares Ansetzen
- IV. Rechtswidrigkeit
- V. Schuld
- VI. Rücktritt nach § 24 StGB
- VII. Strafzumessung: Besonders schwerer Fall  
§ 263 Abs. 3 StGB

gemacht haben.

## I. Vorprüfung

Die Tat dürfte nicht beendet und der Versuch müsste strafbar sein.

### 1. Nichtvollendung

Bei F ist bisher kein Vermögensschaden eingetreten, so dass der Betrug nach § 263 StGB nicht vollendet ist.

### 2. Strafbarkeit des Versuchs

Der versuchte Betrug ist gem. §§ 23 Abs. 1, 12 Abs. 2, 263 Abs. 2 StGB strafbar.

## II. Tatentschluss

Weiterhin müsste R auch mit Tatentschluss gehandelt haben. Tatentschluss ist der Vorsatz hinsichtlich aller objektiven sowie die Verwirklichung der subjektiven Tatbestandsmerkmale. Vorsatz ist der Wille zur Verwirklichung eines Tatbestandes in Kenntnis aller objektiven Tatumsände.

### 1. Täuschung

R müsste Tatentschluss hinsichtlich einer Täuschung gehabt haben. Nach der Vorstellung des R sollten die Nutzer durch die Gestaltung der Webseite nicht durch die Entgeltlichkeit abgeschreckt werden und das Angebot einer kostenlosen Suchmaschine wahrnehmen. Damit wollte R durch die Gestaltung der Webseite bei potentiellen Nutzern den Eindruck der Unentgeltlichkeit der Nutzung und im Anschluss das Bestehen der Geldforderung erzeugen. Mithin wollte R auf das Vorstellungsbild eines anderen Menschen einwirken und hatte folglich Tatentschluss hinsichtlich der Täuschung.

### 2. Dadurch: Irrtum

Zudem müsste R Vorsatz hinsichtlich eines Irrtums gehabt haben. R wollte bei potentiellen Nutzern eine Fehlvorstellung über die Entgeltlichkeit der Nutzung sowie im Anschluss über das Bestehen der nichtexistierenden Forderung hervorrufen. Diese sollte auch auf der Gestaltung der Webseite sowie der Rechnungsversendung beruhen. Folglich hatte R Vorsatz hinsichtlich des Irrtums potentieller Nutzer.

### 3. Dadurch: Vermögensverfügung

Weiterhin müsste R auch vorsätzlich hinsichtlich der Vermögensverfügung gehandelt haben. Nach der Vorstellung des R sollten potentielle Nutzer durch die Annahme der Unentgeltlichkeit ihre persönlichen Daten eingeben, die

Suchmaschine in Anspruch nehmen und dadurch eine vertragliche Beziehung begründen. Damit sollten die Nutzer unmittelbar über ihr Vermögen verfügen. Mithin handelte R hinsichtlich der Vermögensverfügung mit Tatentschluss.

#### 4. Dadurch: Vermögensschaden

R müsste ferner Tatentschluss hinsichtlich des Vermögensschadens gehabt haben. R wollte, dass die Nutzer durch Ein gehung der vermeintlichen Verpflichtung die anschließend geforderte Summe i.H.v. EUR 89,95 bezahlen. Dabei war ihm bewusst, dass im Internet vergleichbare Suchmaschinen kostenlos nutzbar sind. Bei Erhalt einer Gegenleistung liegt ein Vermögensschaden vor, wenn die Leistung nicht objektiv gleichwertig und damit wirtschaftlich wertlos ist.

Zwar konnten die Nutzer auf die Suchmaschine der Webseite zugreifen, jedoch gibt es zahlreiche leicht zugängige unentgeltliche Suchmaschinen im Internet. Zudem besteht für eine derart spezielle Suchmaschine nur geringfügiger Bedarf, sodass sich ein Ein-Jahres-Abo für den Nutzer nicht rentiert. Dadurch liegt der Marktpreis bei einem kommerziellen Angebot bei Null, sodass die Nutzungsmöglichkeit für den Nutzer praktisch wertlos ist.

Damit entspricht der Verkehrswert der Suchmaschine bereits nicht der Leistung der Nutzer. Mithin stellt die Nutzungsmöglichkeit der Suchmaschine keinen äquivalenten Ausgleich dar. Folglich sollte den Nutzern nach der Vorstellung des R ein nichtkompensierte Minus und mithin ein Schaden entstehen.

#### 6. Bereicherungsabsicht

Schließlich müsste R auch mit der Absicht rechtswidriger und stoffgleicher Bereicherung gehandelt haben. Bereicherungsabsicht ist das Streben nach der Mehrung fremden oder tätereigenen Vermögens unmittelbar aus dem Vermögen des Geschädigten.<sup>55</sup> R wollte sich während des Studiums durch das Betreiben der Webseite etwas dazu verdienen. Somit wollte er sein eigenes Vermögen durch das Betreiben der Webseite mehren. Dabei sollte seine Bereicherung unmittelbar dem Vermögen der F entstammen, sodass R auch Vorsatz hinsichtlich der Stoffgleichheit hatte. Mithin handelte er mit Eigenbereicherungsabsicht.

#### 7. Rechtswidrigkeit der Bereicherung

Letztlich müsste R auch Vorsatz hinsichtlich der Rechtswidrigkeit der Bereicherung gehabt haben. Diese liegt nicht vor, wenn der Täter einen fälligen und einredefreien Anspruch auf den Bereicherungsgegenstand hat.<sup>56</sup> R war sich bewusst, dass die Gestaltung der Webseite gegen die PAngV und § 312j Abs. 3 BGB verstößt. Damit waren die Nutzer nicht zur Leistung des Entgeltes verpflichtet. Somit war sich R der Rechtswidrigkeit der Bereicherung hinsichtlich des Nutzungsentgeltes bewusst. Folglich handelte R mit Tatentschluss hinsichtlich der Rechtswidrigkeit der Bereicherung.

#### III. Unmittelbares Ansetzen

R müsste unmittelbar zur Tat angesetzt haben. Dies ist nach der gemischt subjektiv-objektiven Theorie der Fall, wenn der Täter subjektiv die Schwelle zum „Jetzt geht's los“ überschritten hat und objektiv eine tatbestandsmäßige Handlung vornimmt, welche ohne wesentliche Zwischenakte unmittelbar zur Tatbestandsverwirklichung führen soll.<sup>57</sup> Bei einem Betrug ist dies in der Regel der Fall, wenn der Täter zu einer auf Täuschung gerichteten Handlung ansetzt, sofern er mit der Täuschung denjenigen Irrtum hervorrufen will, der die schädigende Vermögensverfügung auslösen soll.<sup>58</sup> Fraglich erscheint, wann ein unmittelbares Ansetzen des R angenommen werden kann. Durch die Zeitspanne zwischen Erstellen der Webseite und Aufrufen dieser durch F könnte es sich vorliegend um einen sog. Distanzfall handeln. Ein solcher liegt vor, wenn aus Sicht des Täters keine weiteren Handlungen mehr erforderlich sind, die Gefährdung aber nicht unmittelbar, sondern erst nach einer gewissen Zeitspanne eintritt.<sup>59</sup> Dies ist jedenfalls dann der Fall, wenn mit der Registrierung der Nutzer bereits ein Schaden eintritt.<sup>60</sup> Wie dargelegt, tritt mit der Registrierung der F auf der Seite mangels wirksamen Vertragsschlusses noch kein Vermögensschaden und somit keine Rechtsgutgefährdung ein. Vielmehr bedarf es noch einer weiteren Täuschung über die Existenz der nichtbestehenden Forderung und damit weiterer Zwischenschritte für eine Rechtsgutgefährdung. Somit hat R durch die Inbetriebnahme der Webseite grundsätzlich aus seiner Sicht noch nicht alles Erforderliche für die Tatbestandsverwirklichung getan. Eine unmittelbare

<sup>55</sup> Fischer (Fn. 5), § 263 Rn. 190; Lackner/Kühl (Fn. 39), § 263 Rn. 58.

<sup>56</sup> Wessels/Hillenkamp/Schuhr, BT 2 (Fn. 2), Rn. 585f.

<sup>57</sup> Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht Allgemeiner Teil, 48. Aufl. 2018, Rn. 946; Fischer (Fn. 5), § 22 Rn. 10.

<sup>58</sup> Rengier, BT I (Fn. 1), § 13 Rn. 263.

<sup>59</sup> Eisele, Strafrecht Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 2016, Rn. 188; Krell (Fn. 55), ZIS 2019, 62 (67); Kudlich/Schuhr in: SSW (Fn. 13), § 22 Rn. 61; Rengier, Strafrecht Allgemeiner Teil, 10. Aufl. 2018, § 34 Rn. 45; Wessels/Beulke/Satzger, AT (Fn. 57), Rn. 954.

<sup>60</sup> Krell (Fn. 49), ZIS 2019, 62 (67).

Rechtsgutgefährdung ergibt sich erst mit Versendung der Rechnung durch den Täter.<sup>61</sup> Ob dies als wesentlicher Zwischenschritt zu bewerten ist, hängt maßgeblich von den jeweiligen Umständen des Einzelfalls ab. Ist die Webseite derart programmiert, dass der Rechnungsversand automatisiert mit Registrierung des Nutzers erfolgt, hat der Täter aus seiner Sicht alles Erforderliche getan, so dass ein Distanzfall angenommen werden kann.<sup>62</sup> Muss der Täter hingegen die Rechnung nach der Registrierung noch eigenhändig verschicken, erfolgt eine zeitliche Zäsur, sodass sich die Inbetriebnahme der Webseite als bloße Vorbereitungshandlung darstellt.<sup>63</sup> Vorliegend erfolgt die Rechnungsversendung automatisch mit Registrierung des jeweiligen Nutzers. Damit hat R durch die Inbetriebnahme der Webseite alles aus seiner Sicht Erforderliche bewirkt, obwohl die Gefährdung erst mit Entrichtung des Entgeltes durch die Nutzer eintritt. Mithin handelt es sich vorliegend um einen Distanzfall. Wann bei einer solchen, der mittelbaren Täterschaft ähnlichen Konstellation der Versuch beginnt, ist umstritten.

### 1. Eine Ansicht

Nach einer Ansicht liegt das unmittelbare Ansetzen in Distanzfällen vor, wenn der Täter die Tathandlung vollständig vornimmt.<sup>64</sup> Folgt man dieser Ansicht, hätte R durch Inbetriebnahme der Webseite unmittelbar zur Tat angesetzt.

### 2. Andere Ansicht

Nach einer anderen Ansicht liegt das unmittelbare Ansetzen vor, wenn sich das Opfer in den Wirkungsbereich des Tatmittels begibt und nach der Tätervorstellung konkret gefährdet ist.<sup>65</sup> Folgte man dieser Ansicht, läge ein unmittelbares Ansetzen des R erst mit Aufrufen der Seite durch die Nutzer und Erhalt der Rechnung vor.

### 3. Weitere Ansicht

Nach einer weiteren Ansicht liegt das unmittelbare Ansetzen vor, wenn der Täter alles aus seiner Sicht

Erforderliche getan hat und den Geschehensablauf aus den Händen gibt, sodass aus seiner Sicht das Rechtsgut unmittelbar gefährdet ist.<sup>66</sup> Mit der Veröffentlichung der Webseite im Internet ist für R nicht mehr kontrollierbar, ob und wann die Webseite von potentiellen Nutzern besucht wird. Somit hat R den Geschehensablauf derart aus der Hand gegeben, dass nach seiner Vorstellung die Nutzer seiner Webseite bereits unmittelbar gefährdet sind. Folgte man dieser Ansicht, hätte R bereits durch die Inbetriebnahme der Webseite unmittelbar zum Versuch angesetzt.

### 4. Rechtsprechung

Nach der Rechtsprechung ist bei der Beurteilung des Versuchsbeginns eine Differenzierung nach Vorsatzform vorzunehmen.<sup>67</sup> Steht für den Täter fest, dass das Opfer sein eingeplantes Verhalten bewirkt, so liegt ein unmittelbares Ansetzen bereits mit Abschluss der Täterhandlung vor.<sup>68</sup> Ist hingegen ungewiss, ob das Opfer in den Wirkungskreis des Tatmittels gelangt, so ist ein unmittelbares Ansetzen erst mit Eintreten des Opfers in den Wirkungskreis des Tatmittels gegeben.<sup>69</sup> R konnte vorliegend nicht sicher wissen, ob die Nutzer sich registrieren würden und anschließend die anfallende Rechnung begleichen würden. Folgte man dieser Ansicht, läge eine unmittelbare Gefährdung erst mit Aufrufen der Webseite durch die Nutzer und Erhalt der Rechnung vor.

### 5. Stellungnahme

Die Ansichten kommen zu verschiedenen Ergebnissen, sodass eine Stellungnahme erforderlich ist. Für die erstgenannte Ansicht spricht, dass durch die Vornahme der Täterhandlung eine ausreichende Bestätigung des den Rechtsfrieden gefährdenden Tatentschlusses erfolgt.<sup>70</sup> Hiergegen wird angeführt, dass durch die ausschließliche Anknüpfung an das Täterverhalten eine unbillige Vorverlagerung der Versuchsstrafbarkeit in Zeitpunkte, in denen der Täter noch die Herrschaft über das Geschehen hat, erfolgt.<sup>71</sup> Damit kommt es zu einer Überdehnung der Versuchsstrafbarkeit sowie zu Wertungswidersprüchen durch

<sup>61</sup> Ebd., ZIS 2019, 62 (63).

<sup>62</sup> Ebd., ZIS 2019, 62 (69).

<sup>63</sup> Ebd., ZIS 2019, 62 (69f.).

<sup>64</sup> Meyer, Kritik an der Neuregelung der Versuchsstrafbarkeit, ZStW 87 (1975), 598 (609); Vehling, Die Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch, 1991, S. 169.

<sup>65</sup> Gössel, JR 1976, 249 (250f.), Anm. zu BGH 1 StR 264/75; Otto, Versuch und Rücktritt bei mehreren Beteiligten (1. Teil), JA 1980, 641 (646).

<sup>66</sup> Hoffmann-Holland in: Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch Bd. 1, 3. Aufl. 2017, § 22 Rn. 137; Rengier, AT (Fn. 59), § 34 Rn. 51; Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil Bd. 2, 2003, § 29 Rn. 195f.; Wessels/Beulke/Satzger, AT (Fn. 57), Rn. 956.

<sup>67</sup> BGH NStZ 2001, 475 (476); NStZ 1998, 241 (242); NStZ 1998, 294 (295).

<sup>68</sup> BGH NStZ 1998, 241 (242).

<sup>69</sup> Ebd.

<sup>70</sup> Meyer (Fn. 64), ZStW 87 (1975), 598 (609); Vehling, Abgrenzung Vorbereitung und Versuch (Fn. 64), S. 169.

<sup>71</sup> Krell (Fn. 49), ZIS 2019, 62 (67); Rengier, AT (Fn. 59), § 34 Rn. 48; Wessels/Beulke/Satzger, AT (Fn. 61), Rn. 956.

eine zufallsabhängige Strafbarkeit.<sup>72</sup> Bis zu dem Zeitpunkt, in dem das Opfer sich in den Wirkungskreis des Tatmittels begibt, kann der Täter seine Handlung noch umkehren, sodass es sich um eine bloße Vorbereitungshandlung handelt.<sup>73</sup> Ferner widerspricht die Ablösung von der Täterhandlung zur Bestimmung des Versuchsbeginns dem Wortlaut des § 22 StGB.<sup>74</sup> Hiergegen wird angeführt, dass das Opferverhalten dem Täter als Werkzeug zugerechnet wird, sodass keine Loslösung von der Täterhandlung erfolgt. Der Täter setzt durch den Tatmittler zur Tat an.<sup>75</sup> Dagegen spricht, dass das Strafrecht keine Teilerfüllung des Versuches mit anschließender Verwirklichung durch das Opfer kennt.<sup>76</sup> Vielmehr stellt nach § 22 StGB die tatbeständliche Handlung bereits die vollständige Verwirklichung des Versuchs dar.<sup>77</sup> Zudem kann es für die Strafbarkeit keinen Unterschied machen, ob das Tatmittel das Opfer erreicht und nicht wahrgenommen wird oder es das Opfer nicht erreicht.<sup>78</sup> Die Konsequenz dieser Ansicht wäre mithin eine unbewusste Überschreitung der Versuchsschwelle, welche gesetzlich nicht vorgesehen ist.<sup>79</sup> Gegen die dritte Ansicht spricht, dass der Rückgriff auf das Entlassen aus dem Herrschaftsbereich zu unbilligen Abgrenzungsproblemen führt.<sup>80</sup> Hiergegen wird eingewendet, dass die vorgeworfenen Abgrenzungsprobleme im Gesetz gerade keinen Ausnahmefall darstellen und hier leichter zu lösen sind als in anderen Fällen.<sup>81</sup> Gegen diese Ansicht spricht ferner, dass eine weite Vorverlagerung in die Vorbereitung erfolgt, welche durch eine andernfalls drohende Sanktionslosigkeit nicht gerechtfertigt werden kann.<sup>82</sup> Allerdings kommt es ohne das Abstellen auf eine unmittelbare Gefährdung des Opfers bei Distanzdelikten zu einer Aushöhlung des Unmittelbarkeitserfordernisses, sodass eine solche vorliegend geboten ist.<sup>83</sup> Gegen die Ansicht der Rechtsprechung spricht, dass das Gesetz keine Vorsatzdifferenzierung zur Bestimmung des Versuchsbeginns vorsieht.<sup>84</sup> Zudem widerspricht es dem Grundsatz der Gleichbehandlung der Vorsatzarten.<sup>85</sup> Letztlich erfolgt

auch nach dieser Ansicht eine unbillige Privilegierung eines „unsicherer“ Täters.<sup>86</sup>

Alles in allem vermögen nur die Argumente der dritten Ansicht zu überzeugen. Durch das Abstellen auf die Tätervorstellung wird eine mit § 22 StGB vereinbare Lösung geschaffen, welche zudem im Einklang zu dem vergleichbaren Fall der mittelbaren Täterschaft steht.<sup>87</sup> Mithin ist der dritten Ansicht zu folgen, sodass R bereits mit Inbetriebnahme der Webseite zum Versuch unmittelbar angesetzt hat.

#### **IV. Rechtswidrigkeit**

Rechtfertigungsgründe sind nicht ersichtlich. Folglich handelte R rechtswidrig.

#### **V. Schuld**

Entschuldigungs- oder Schuldausschlussgründe sind nicht ersichtlich. Mithin handelte R schuldhaft.

#### **VI. Rücktritt nach § 24 StGB**

Ein Rücktritt des R nach § 24 StGB ist nicht ersichtlich.

#### **VII. Strafzumessung: Besonders schwerer Fall**

Schließlich könnte R einen versuchten Betrug in einem besonders schweren Fall nach § 263 Abs. 3 StGB verwirklicht haben.

##### **a) § 263 Abs. 3 2 Nr. 1 Alt. 1 StGB**

R könnte gewerbsmäßig i.S.d. § 263 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 Alt. 1 StGB gehandelt haben. Gewerbsmäßig handelt, wer sich durch wiederholte Tatbegehung eine nicht nur vorübergehende Einnahmequelle von einiger Dauer und einem Umfang verschaffen will.<sup>88</sup> R betrieb die Webseite über einen längeren Zeitraum mit dem Ziel, eine Vielzahl von Nutzern zum Abschluss des entgeltlichen Nutzungsvertrages zu bewegen, um sich so etwas dazuzuverdienen. Damit beschränkte sich seine Handlung auf die einmalige

<sup>72</sup> Gössel (Fn. 65), JR 1976, 249 (250); Roxin, AT II (Fn. 66), § 29 Rn. 207.

<sup>73</sup> Roxin, AT II (Fn. 66), § 29 Rn. 206.

<sup>74</sup> Hoffmann-Holland in: MüKoStGB (Fn. 66), § 22 Rn. 136; Roxin, AT II (Fn. 66), § 29 Rn. 197.

<sup>75</sup> Gössel (Fn. 65), JR 1976, 249 (250); Otto (Fn. 65), JA 1980, 641 (646).

<sup>76</sup> Hoffmann-Holland in: MüKo Bd. 1 (Fn. 66), § 22 Rn. 133.

<sup>77</sup> Ebd.

<sup>78</sup> Krell (Fn. 69), ZIS 2019, 62 (68); Roxin, AT II (Fn. 66), § 29 Rn. 201.

<sup>79</sup> Roxin, AT II (Fn. 66), § 29 Rn. 200.

<sup>80</sup> Otto (Fn. 65), JA 1980, 641 (645).

<sup>81</sup> Roxin, AT II (Fn. 66), § 29 Rn. 209.

<sup>82</sup> Hillenkamp in: Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch Bd. 1, 12. Aufl. 2007, § 22 Rn. 133f.; Otto (Fn. 65), JA 1980, 641 (645).

<sup>83</sup> Hoffmann-Holland in: MüKoStGB (Fn. 66), § 22 Rn. 137.

<sup>84</sup> Roxin, AT II (Fn. 66), § 29 Rn. 219; Wessels/Beulke/Satzger, AT (Fn. 57), Rn. 956.

<sup>85</sup> Roxin, AT II (Fn. 66), § 29 Rn. 219.

<sup>86</sup> Ebd., § 29 Rn. 222.

<sup>87</sup> Ebd., § 29 Rn. 196; Wessels/Beulke/Satzger, AT (Fn. 57), Rn. 956.

<sup>88</sup> BGH NJW 2004, 2840 (2841); Rengier, BT I (Fn. 1), § 3 Rn. 34; Wessels/Hillenkamp/Schuhr, BT 2 (Fn. 2), Rn. 593.

Einrichtung der Webseite. Eine gewerbsmäßige Begehung kann jedoch auch angenommen werden, soweit der Täter mehrere Opfer schädigen wollte, sodass mehrere Einzelzitate des Täters nicht erforderlich sind.<sup>89</sup> Damit kann auch eine tateinheitliche Betrugsserie ein gewerbsmäßiges Handeln begründen.<sup>90</sup> Nach der Vorstellung des R sollte seine Webseite von einer Vielzahl von Personen genutzt werden. Folglich handelte er bereits bei Inbetriebnahme der Webseite in der Absicht, mehrere Personen zu schädigen. Mithin handelte R gewerbsmäßig.

#### b. § 263 Abs. 3 S. 2 Nr. 2 Alt. 2 StGB

R könnte zudem gem. § 263 Abs. 3 S. 2 Nr. 2 Alt. 2 StGB die Absicht gehabt haben, durch eine fortgesetzte Begehung eine große Zahl von Personen in die Gefahr eines Vermögensverlustes zu bringen. Dabei erfasst § 263 Abs. 3 S. 2 Nr. 2 Alt. 2 StGB auch Fälle des Massenbetruges gegenüber einer unübersehbaren Vielzahl von Personen mit jeweils geringen Schadenssummen.<sup>91</sup> Die genaue Anzahl an erforderlichen Personen ist umstritten. Allerdings wollte R die Webseite über einen längeren Zeitraum betreiben und damit eine nicht eingrenzbare Anzahl an Personen zu dem vermeintlichen Vertragsschluss bewegen. Bei Begehung des Betruges über das Internet kann von einer hinreichenden Breitenwirkung ausgegangen werden.<sup>92</sup> Somit kann davon ausgegangen werden, dass R die Schädigung einer Vielzahl von Personen bezweckte. Mithin ist das Regelbeispiel des § 263 Abs. 3 S. 2 Nr. 2 Alt. 2 StGB erfüllt.

## VII. Ergebnis

R hat sich gem. §§ 263 Abs. 1, Abs. 2, Abs. 3 S. 2 Nr. 1 Alt. 1, Nr. 2 Alt. 2, 22, 23 Abs. 1 StGB durch das Betreiben der Internetseite wegen versuchten Betruges in einem besonders schweren Fall strafbar gemacht.

#### C. Strafbarkeit gem. §§ 246 Abs. 1, Abs. 3, 22, 23 Abs. 1 StGB

Die mitverwirklichte versuchte Unterschlagung gem. §§ 246 Abs. 1, Abs. 3, 22, 23 Abs. 1 StGB tritt im Wege der Gesetzeskonkurrenz nach § 246 Abs. 1 Hs. 2 StGB formell subsidiär hinter dem versuchten Betrug zurück.

## 2. Tatkomplex: Einsticken des Geldes

### A. Strafbarkeit des R gem. § 242 Abs. 1 StGB

R könnte sich gem. § 242 Abs. 1 StGB durch das Entnehmen der EUR 89,95 aus dem Portemonnaie der F wegen Diebstahls strafbar gemacht haben.

#### Diebstahl, § 242 StGB

##### I. Tatbestand

###### 1. Objektiver Tatbestand

- a) Fremde, bewegliche Sache
- b) Wegnahme
  - aa) Bruch fremden Gewahrsams
  - bb) Begründung neuen Gewahrsams

###### 2. Subjektiver Tatbestand

- a) Vorsatz
- b) Zueignungsabsicht
  - aa) Aneignungsabsicht
  - bb) Enteignungsvorsatz

###### 3. Rechtswidrigkeit der Zueignung

- a) Rechtswidrigkeit
- b) Vorsatz bzgl. der Rechtswidrigkeit der Zueignung

##### II. Rechtswidrigkeit

##### III. Schuld

#### I. Tatbestand

Zunächst müsste R tatbestandlich gehandelt haben.

#### 1. Objektiver Tatbestand

Dafür müsste der objektive Tatbestand erfüllt sein.

#### a) Fremde bewegliche Sache

Zuerst müsste das Geld eine für R fremde, bewegliche Sache darstellen. Die Geldscheine sind körperliche Gegenstände i.S.d. § 90 BGB<sup>93</sup>, die fortgeschafft werden können<sup>94</sup> und im Alleineigentum<sup>95</sup> der F standen. Mithin liegt eine fremde bewegliche Sache vor.

#### b) Wegnahme

Weiterhin müsste R die Geldscheine auch weggenommen

<sup>89</sup> BGH NJW 2004, 2840 (2841); Rengier, BT I (Fn. 1), § 3 Rn. 34.

<sup>90</sup> BGH NJW 2014, 2595 (2599); BGH NJW 2004, 2840 (2842); BGH NJW 2011, 1825 (1827); Saliger in: Matt/Renzikowski (Fn. 5), § 263 Rn. 316; Wessels/Hillenkamp/Schuhr, BT 2 (Fn. 2), Rn. 593.

<sup>91</sup> BGH NJW 2014, 2595 (2599); Eisele, BT II (Fn. 3), Rn. 653; Wessels/Hillenkamp/Schuhr, BT 2 (Fn. 2), Rn. 594.

<sup>92</sup> Eisele, BT II (Fn. 3), Rn. 653; Saliger in: Matt/Renzikowski (Fn. 5), § 263 Rn. 323; Wessels/Hillenkamp/Schuhr, BT 2 (Fn. 2), Rn. 594.

<sup>93</sup> Vgl. Fischer (Fn. 5), § 242 Rn. 3; Kudlich in: SSW (Fn. 13), § 242 Rn. 5; Rengier, BT I (Fn. 1), § 2 Rn. 6.

<sup>94</sup> Vgl. Eisele, AT (Fn. 59), Rn. 21; Kudlich in: SSW (Fn. 13), § 242 Rn. 10; Rengier, BT I (Fn. 1), § 2 Rn. 8.

<sup>95</sup> Vgl. Eisele, AT (Fn. 59), Rn. 22; Wessels/Hillenkamp/Schuhr, BT 2 (Fn. 2), Rn. 79.

haben. Eine Wegnahme ist der Bruch fremden und die Begründung neuen Gewahrsams.<sup>96</sup>

#### **aa) Bruch fremden Gewahrsams**

R müsste fremden Gewahrsam gebrochen haben. Gewahrsam ist die tatsächliche Sachherrschaft eines Menschen über eine Sache, die von einem natürlichen Herrschaftswillen getragen und deren Reichweite von der Verkehrsanschauung bestimmt wird.<sup>97</sup> F ließ ihre Jacke mit dem Portemonnaie, in dem sich die Geldscheine befanden, achtlos auf ihrem Platz zurück. Somit befanden sich die Scheine nach den Anschauungen des täglichen Lebens in ihrer Gewahrsamssphäre, sodass sie die von einem natürlichen Herrschaftswillen getragene Sachherrschaft über die Geldscheine und damit Gewahrsam an diesen hatte. Fraglich erscheint, ob sie auch nach Verlassen ihres Platzes noch Gewahrsam über die Geldscheine hatte. Es könnte sich hier um eine unschädliche Gewahrsamslockerung handeln. Eine solche liegt vor, wenn eine Lockerung der Herrschaftsbeziehung und damit eine vorübergehende Verhinderung der Ausübung der tatsächlichen Gewalt über eine Sache erfolgt.<sup>98</sup> F verließ zwar ihren Platz ohne ihre Jacke, jedoch wollte sie nicht den Gewahrsam an den darin befindlichen Geldscheinen aufgeben. Vielmehr wollte sie nach Ende der 15-Minuten-Pause zu ihrem Platz zurückkehren. Somit hat sie ihren Gewahrsam an den Geldscheinen nicht aufgegeben, sodass eine unschädliche Gewahrsamslockerung vorliegt.

Der Gewahrsam der F müsste auch gebrochen worden sein. Ein Bruch fremden Gewahrsams liegt vor, wenn die Sachherrschaft des bisherigen Gewahrsamsinhabers gegen oder ohne dessen Willen aufgehoben wird.<sup>99</sup> R entnahm die Geldscheine in der Abwesenheit der F aus ihrem Portemonnaie. Damit hob er ohne Einverständnis und mithin gegen den Willen der F ihren Gewahrsam an den Geldscheinen auf. Folglich hat R fremden Gewahrsam gebrochen.

#### **bb) Begründung neuen Gewahrsams**

R müsste auch neuen Gewahrsam begründet haben. Neuer Gewahrsam wird begründet, wenn die tatsächliche Herrschaft über die Sache derart erlangt wird, dass

ihrer Ausübung keine wesentlichen Hindernisse entgegenstehen.<sup>100</sup> Bei leicht fortzuschaffenden Gegenständen sind die Ergreifung und das Einsticken des Gegenstandes für die Begründung einer derartigen Sachherrschaft ausreichend.<sup>101</sup> R entnahm dem Portemonnaie die Geldscheine und steckte sie in seine Hosentasche. Damit stehen seiner Herrschaft über die Geldscheine keine wesentlichen Hindernisse entgegen. Folglich hat R neuen Gewahrsam an den Geldscheinen begründet.

### **2. Subjektiver Tatbestand**

Zudem müsste der subjektive Tatbestand erfüllt sein.

#### **a) Vorsatz**

R müsste zunächst vorsätzlich gehandelt haben. R war sich bei der Entnahme des Geldes bewusst, dass dieses der F gehörte. Trotz dessen wollte er das „ihm zustehende“ Geld an sich bringen. Mithin handelte er in Kenntnis aller objektiven Tatumstände und damit vorsätzlich.

#### **b) Zueignungsabsicht**

Ferner müsste R auch mit Zueignungsabsicht gehandelt haben. Eine solche liegt vor, wenn der Täter die Sache wegnimmt, um sie unter Anmaßung einer eigentümerähnlichen Stellung zumindest vorübergehend der eigenen Vermögenssphäre einzuverleiben (Aneignungskomponente) und um sie der Verfügungsgewalt des Berechtigten dauerhaft zu entziehen (Enteignungskomponente).<sup>102</sup> Somit müsste der Täter mit Aneignungsabsicht und Enteignungsvorsatz gehandelt haben.

#### **aa) Aneignungsabsicht**

Hinsichtlich der Aneignungskomponente müsste R mit *dolus directus* 1. Grades, also mit Absicht gehandelt haben. Ein Täter handelt mit Absicht, wenn es ihm im Sinne zielgerichteten Wollens darauf ankommt, den Tatbestand zu verwirklichen.<sup>103</sup> R wollte über das Geld selbst verfügen können und es für Kaltgetränke investieren. Damit wollte er die Geldscheine seinem Vermögen zumindest vorübergehend einverleiben. Mithin handelte er zielgerichtet und damit mit Absicht hinsichtlich der Aneignungskomponente.

<sup>96</sup> Lackner/Kühl (Fn. 39), § 242 Rn. 8; Wessels/Hillenkamp/Schuhr, BT 2 (Fn. 2), Rn. 82.

<sup>97</sup> Fischer (Fn. 5), § 242 Rn. 11; Kudlich in: SSW (Fn. 13), § 242 Rn. 19; Wessels/Hillenkamp/Schuhr, BT 2 (Fn. 2), Rn. 82.

<sup>98</sup> Wessels/Hillenkamp/Schuhr, BT 2 (Fn. 2), Rn. 92; Wittig in: Heintschel-Heinegg (Fn. 48), § 242 Rn. 15.

<sup>99</sup> Kudlich in: SSW (Fn. 13), § 242 Rn. 25; Rengier, BT I (Fn. 1), § 2 Rn. 64; Wessels/Hillenkamp/Schuhr, BT 2 (Fn. 2), Rn. 115.

<sup>100</sup> BGH NStZ 2015, 276 (276); BGH NStZ 1988, 270 (271); Wessels/Hillenkamp/Schuhr, BT 2 (Fn. 2), Rn. 121.

<sup>101</sup> BGH NStZ 2015, 276 (276); Wessels/Hillenkamp/Schuhr, BT 2 (Fn. 2), Rn. 125.

<sup>102</sup> Wessels/Hillenkamp/Schuhr, BT 2 (Fn. 2), Rn. 150.

<sup>103</sup> Rengier, AT (Fn. 59), § 14 Rn. 7.

### **bb) Enteignungsvorsatz**

Weiterhin müsste R auch vorsätzlich hinsichtlich der Enteignungskomponente gehandelt haben. Dafür ist dolus eventualis ausreichend.<sup>104</sup> R entnahm das Geld und investierte es in Kaltgetränke. Damit wollte R die „ihm gehörenden“ Geldscheine dem Eigentum der F dauerhaft entziehen. Folglich handelte er auch hinsichtlich der Enteignungskomponente mit Absicht und damit vorsätzlich.

### **3. Rechtswidrigkeit der erstrebten Zueignung**

Schließlich müsste die erstrebte Zueignung rechtswidrig gewesen sein und R müsste diesbezüglich vorsätzlich gehandelt haben.

#### **a) Rechtswidrigkeit**

Die Zueignung ist rechtswidrig, wenn der Täter keinen fälligen und einredefreien Anspruch auf Übereignung des Zueignungsgegenstandes hat.<sup>105</sup> Wie dargelegt ist der Vertrag durch Verstoß gegen § 312j III BGB mangels ausdrücklichem Hinweis auf die Entgeltlichkeit gem. § 312j IV BGB nichtig, sodass kein Anspruch auf das Entgelt besteht. Zudem ist die AGB-Klausel bereits gem. § 305c I BGB als überraschende Klausel nichtig, sodass sie nicht Bestandteil des Vertrages geworden ist. Somit hat R keinen fälligen und einredefreien Anspruch an den Geldscheinen. Folglich ist die Zueignung rechtswidrig.

#### **b) Vorsatz bzgl. der Rechtswidrigkeit der Zueignung**

Letztlich müsste R auch Vorsatz hinsichtlich der Rechtswidrigkeit der Zueignung gehabt haben. Fraglich ist, wie sich der Umstand auswirkt, dass R davon ausging, dass ihm die Geldsumme zusteht. R könnte mithin einem Irrtum erlegen sein. Die Rechtswidrigkeit der Zueignung stellt ein normatives Tatbestandsmerkmal dar.<sup>106</sup> Bei dem Irrtum über ein normatives Tatbestandsmerkmal kann es sich sowohl um einen Verbots- als auch um einen Tatbestandsirrtum handeln.<sup>107</sup> Für eine genaue Bestimmung ist danach zu differenzieren, ob sich der Irrtum innerhalb oder außerhalb der Parallelwertung in der Laiensphäre

befindet. Soweit sich der Irrtum innerhalb der Parallelwertung der Laiensphäre befindet, handelt es sich um einen Tatbestandsirrtum i.S.d. § 16 Abs. 1 S. 1 StGB.<sup>108</sup> Dies ist der Fall, wenn der Täter glaubt, einen Anspruch auf den bestimmten Gegenstand zu haben.<sup>109</sup> Verkennt der Täter durch eine Fehlinterpretation eines Tatbestandsmerkmals, dass sein Handeln rechtlich verboten ist, liegt der Irrtum außerhalb der Parallelwertung der Laiensphäre, sodass ein Subsumtionsirrtum nach § 17 StGB angenommen wird.<sup>110</sup> Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn der Täter glaubt, sich einen Gegenstand aus einer Gattungs- bzw. Geldschuld nehmen zu können.<sup>111</sup> Vorliegend geht R davon aus, einen Anspruch auf die Geldsumme i.H.v. EUR 89,95 zu haben, wobei er sich bewusst ist, dass er keinen Anspruch auf die konkret entnommen Scheine hat. Somit verkennt R, dass ihm kein wirksamer Rechtsanspruch auf die Geldsumme und damit auf die Scheine zusteht und damit die Strafbarkeit seines Verhaltens. Folglich hat R das Unrecht seines Handelns laienmäßig erkannt, geht jedoch davon aus, rechtmäßig zu handeln. Mithin liegt sein Irrtum außerhalb der Parallelwertung in der Laiensphäre, sodass ein Subsumtionsirrtum nach § 17 StGB vorliegt. Ein solcher wirkt sich jedoch erst auf Schuldebene aus, sodass er für den Vorsatz bezüglich der Rechtswidrigkeit der Zueignung unbedeutlich ist.<sup>112</sup> Folglich handelte R vorsätzlich hinsichtlich der Rechtswidrigkeit der Zueignung.

### **II. Rechtswidrigkeit**

Mangels ersichtlicher Rechtfertigungsgründe handelte R rechtswidrig.

### **III. Schuld**

Wie dargelegt unterlag R einem Subsumtionsirrtum nach § 17 StGB, welcher bei fehlender Vermeidbarkeit die Schuld entfallen lässt. Für die Annahme der Unvermeidbarkeit des Irrtums muss der Täter die ihm zur Verfügung stehenden Erkenntniskräfte und etwaige Zweifel ggf. durch Einholung verlässlichen und sachkundigen Rechtsrates beseitigt haben.<sup>113</sup> Bei der Beurteilung der Vermeidbarkeit sind die

<sup>104</sup> Eisele, BT II (Fn. 3), Rn. 65; Fischer (Fn. 5), § 242 Rn. 41; Kudlich in: SSW (Fn. 13), § 242 Rn. 44; Wessels/Hillenkamp/Schuhr, BT 2 (Fn. 2), Rn. 164.

<sup>105</sup> Bosch in: Schönke/Schröder (Fn. 2), § 242 Rn. 59; Lackner/Kühl (Fn. 39), § 242 Rn. 27; Rengier, BT I (Fn. 1), § 2 Rn. 187; Wessels/Hillenkamp/Schuhr, BT 2 (Fn. 2), Rn. 200.

<sup>106</sup> Fischer (Fn. 5), § 242 Rn. 49; Lackner/Kühl (Fn. 45), § 242 Rn. 28; Bosch in: Schönke/Schröder (Fn. 2), § 242 Rn. 65; Wessels/Hillenkamp/Schuhr, BT 2 (Fn. 2), Rn. 201.

<sup>107</sup> Wessels/Hillenkamp/Schuhr, BT 2 (Fn. 2), Rn. 201, 203.

<sup>108</sup> Lackner/Kühl (Fn. 39), § 242 Rn. 28; Wessels/Hillenkamp/Schuhr, BT 2 (Fn. 2), Rn. 201, 203.

<sup>109</sup> Fischer (Fn. 5), § 242 Rn. 50; Wessels/Hillenkamp/Schuhr, BT 2 (Fn. 2), Rn. 201, 203.

<sup>110</sup> Bosch in: Schönke/Schröder (Fn. 2), § 242 Rn. 65; Fischer (Fn. 5), § 242 Rn. 50; Lackner/Kühl (Fn. 39), § 242 Rn. 28; Rengier, BT I (Fn. 1), § 2 Rn. 194.

<sup>111</sup> Bosch in: Schönke/Schröder (Fn. 2), § 242 Rn. 65; Fischer (Fn. 5), § 242 Rn. 50; Lackner/Kühl (Fn. 45), § 242 Rn. 28; Rengier, BT I (Fn. 1), § 2 Rn. 194; Schmitz in: Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch Bd. 4, 3. Aufl. 2017, § 242 Rn. 182.

<sup>112</sup> Wessels/Beulke/Satzger, AT (Fn. 57), Rn. 733.

<sup>113</sup> Rogall in: Systematischer Kommentar zum StGB Bd. 1, 9. Aufl. 2017, § 17 Rn. 57.

Verhältnisse sowie individuellen intellektuellen Fähigkeiten des Täters zu berücksichtigen.<sup>114</sup> Bei einem Rechtskundigen kann angenommen werden, dass er die Tragweite der gesetzlichen Vorschriften zu erkennen vermag, sodass besonders strenge Anforderungen an die Unvermeidbarkeit zu stellen sind.<sup>115</sup> R ist als Rechtsstudent in der Lage, über die Rechtswidrigkeit seines Handelns korrekt zu urteilen. Zumindest hätte er die Auskunft eines fachkundigen Dritten einholen können. Mithin war der Irrtum für R vermeidbar. Folglich handelte R schuldhaft.

#### **IV. Strafantrag**

Nach § 248a StGB bedarf es bei einem Diebstahl geringwertiger Sachen eines Strafantrags. Das entwendete Geld überschreitet die Schwelle von EUR 50,00 jedoch, sodass es sich um keine geringwertige Sache handelt und mithin ein Strafantrag entbehrlich ist.

#### **IV. Ergebnis**

R hat sich durch die Entnahme der Geldscheine gem. § 242 Abs. 1 StGB wegen Diebstahls strafbar gemacht. Jedoch kann seine Strafe gem. § 17 S. 2 StGB i.V.m. § 49 Abs. 1 StGB gemindert werden.

#### **B. Strafbarkeit des R gem. § 246 Abs. 1 StGB durch Entnehmen des Geldes**

Die durch das Entnehmen des Geldes mitverwirklichte Unterschlagung gem. § 246 Abs. 1 StGB tritt im Wege der Gesetzeskonkurrenz nach § 264 I Hs. 2 StGB formell subsidiär hinter dem vollendeten Diebstahl zurück.

#### **Unterschlagung, § 246 StGB**

##### **I. Tatbestand**

###### **1. Objektiver Tatbestand**

###### **a) Fremde bewegliche Sache**

###### **b) Manifestation des Zueignungswillens**

###### **2. Subjektiver Tatbestand**

###### **3. Rechtswidrigkeit der Zueignung**

###### **a) Rechtswidrigkeit**

###### **b) Vorsatz bzgl. der Rechtswidrigkeit der Zueignung**

##### **II. Rechtswidrigkeit**

##### **III. Schuld**

#### **C. Strafbarkeit des R gem. § 246 Abs. 1 StGB durch Ausgeben des Geldes**

R könnte sich durch das Ausgeben des Geldes wegen Unterschlagung gem. § 246 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben.

##### **I. Tatbestand**

Dazu müsste R tatbestandlich gehandelt haben.

##### **1. Objektiver Tatbestand**

Weiterhin müsste der objektive Tatbestand erfüllt sein. Dafür müsste sich der Zueignungswille des R hinsichtlich einer fremden beweglichen Sache manifestiert haben. Wie dargelegt handelt es sich bei den Geldscheinen um eine fremde bewegliche Sache. Eine Manifestation des Zueignungswillens ist nach vorherrschender Ansicht gegeben, wenn ein nach außen erkennbares Verhalten des Täters verlässlich zum Ausdruck bringt, dass der Täter die Sache behalten will.<sup>116</sup> R gab das Geld für weitere Kaltgetränke aus. Darin liegt aus objektiver Sicht eine Verwertung und damit ein erkennbares Verhalten, das darauf schließen lässt, dass R das Geld behalten will. Fraglich erscheint, ob eine erneute Zueignung an einem durch ein mit Zueignungsabsicht begangenem Eigentumsdelikt erhaltenen Gegenstand möglich ist.

##### **a) Tatbestandslösung**

Nach der sog. Tatbestandslösung kann sich ein Täter eine bereits durch strafbare Handlung zugeeignete Sache später tatbestandlich nicht erneut zueignen, soweit er seine Scheineigentümerposition zuvor nicht aufgegeben hat.<sup>117</sup> R erlangte das Geld durch Diebstahl und gab es anschließend aus. Folgte man dieser Ansicht, würde die Verwertung der Geldscheine keine erneute Zueignung und damit keine tatbestandliche Unterschlagung darstellen.

##### **b) Konkurrenzlösung**

Nach der sog. Konkurrenzlösung ist eine mehrfache Manifestation des Zueignungswillens tatbestandlich möglich, jedoch handelt es sich lediglich um mitbestrafte

<sup>114</sup> BGH NStZ 2017, 284 (288); Fischer (Fn. 5), § 17 Rn. 8; Joecks in: MüKo Bd. 1 (Fn. 70), § 17 Rn. 53f.; Rogall in: SK-StGB Bd. 1 (Fn. 113), § 17 Rn. 57.

<sup>115</sup> OLG Köln NJW 1996, 472 (473); Joecks in: MüKoStGB (Fn. 66), § 17 Rn. 54.

<sup>116</sup> Rengier, BT I (Fn. 1), § 5 Rn. 24.

<sup>117</sup> BGH NStZ-RR 2017, 211 (212); Lackner/Kühl (Fn. 39), § 246 Rn. 7; Kudlich in: SSW (Fn. 13), § 246 Rn. 20; Rengier, BT I (Fn. 1), § 5 Rn. 51.

Nachtaten.<sup>118</sup> R erlangte das Geld durch Diebstahl und gab es anschließend aus. Folgte man dieser Ansicht, läge eine tatbestandliche Unterschlagung vor, welche jedoch als mitbestrafte Nachtat hinter dem vollendeten Diebstahl zurücktrate.

### c) Stellungnahme

Die Ansichten kommen zu verschiedenen Ergebnissen, sodass eine Stellungnahme erforderlich ist. Für die erste Ansicht spricht, dass eine Zueignung dem Wortsinn nach die erstmalige Herstellung der eigentümerähnlichen Herrschaft über eine Sache ist und demnach nicht beliebig oft wiederholt werden kann.<sup>119</sup> Vielmehr handelt es sich bei einer nachträglichen Manifestation um das bloße Ausnutzen der bereits geschaffenen Herrschaftsmacht.<sup>120</sup> Hiergegen wird eingewandt, dass An- und Enteignung sehr wohl wiederholt werden könnten, wie auch die erste Ansicht bei einer nicht strafbaren Erstzueignung inkonsequenterweise annehme.<sup>121</sup> Zudem seien auch deliktsch entzogene Sachen gegenüber weiterer Eigentumsverletzungen zu schützen.<sup>122</sup> Ferner könne die Strafbarkeit der Erstzueignung kein Bestandteil des Zueignungsbegriffs sein.<sup>123</sup> Allerdings führt die zweite Ansicht zu einer faktischen Aufhebung der Verjährungsregeln der Vortaten und damit zu einer unbilligen Umwandlung des Diebstahls in ein Dauerdelikt.<sup>124</sup> Für die zweite Ansicht spricht, dass ohne die Strafbarkeit nach § 246 Abs. 1 StGB ein nur an der Verwertungstat beteiligter Teilnehmer straffrei gestellt werden würde und es somit zu Strafbarkeitslücken käme.<sup>125</sup> Die Unterschlagung fungiere insoweit als weiter Auffangtatbestand für nachträgliche Manifestationen, sodass diese tatbestandlich auch erfasst sein müssten.<sup>126</sup> Hiergegen wird eingewandt, dass die Konstruktion des § 246 StGB als Auffangtatbestand einem Ausschluss auf Tatbestandsebene nicht entgegensteht.<sup>127</sup> Zudem sind die Strafbarkeitslücken auf Fälle beschränkt, die nicht unter §§ 257, 259 StGB fallen, welche insoweit eine abschließende Regelung für Verwertungshandlungen bilden.<sup>128</sup> Mithin vermögen die Argumente der zweiten Ansicht nicht zu überzeugen. Die

Unterschlagung kann gerade nicht die Funktion haben, spätere Manifestationen subsidiär zu erfassen.<sup>129</sup> Somit wird der erstgenannten Ansicht gefolgt, sodass die Verwertung des Geldes keine erneute Zueignung darstellt.

### 2. Zwischenergebnis

Mangels objektiver Manifestation des Zueignungswillens des R ist der objektive Tatbestand nicht erfüllt.

## II. Ergebnis

R hat sich nicht gem. § 246 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

### D. Strafbarkeit des R gem. §§ 263 Abs. 1, 13 Abs. 1 StGB

Letztlich könnte sich R gem. §§ 263 Abs. 1, 13 Abs. 1 StGB wegen Betrug durch Unterlassen strafbar gemacht haben, indem er F nicht über ihre Rückforderungsmöglichkeit nach § 859 Abs. 2 BGB aufklärte. Dafür bedarf es insbesondere des Vorliegens einer Aufklärungspflicht bzw. Garantenstellung des R. Eine gesetzliche Garantenstellung ist vorliegend nicht ersichtlich. Jedoch könnte eine solche aus Ingerenz vorliegen. Dies ist der Fall, wenn der Täter für die Entstehung eines Irrtums infolge pflichtwidrigen Verhaltens verantwortlich ist, wobei das Verhalten den Charakter einer objektiven Täuschung aufweisen muss.<sup>130</sup> Vorliegend entnahm R das Geld aus dem Portemonnaie der F und gab es anschließend aus. Damit hat er nicht auf das Vorstellungsbild der F eingewirkt, sodass keine objektive Täuschungshandlung vorliegt. Mithin scheidet eine Strafbarkeit wegen Betrug durch Unterlassen aus.

### 3. Tatkomplex: Badeurlaub

#### A. Strafbarkeit des S gem. §§ 212 Abs. 1, 13 Abs. 1 StGB

R könnte sich wegen vollendeten Totschlags durch Unterlassen gem. §§ 212 Abs. 1, 13 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben, indem er seine ertrinkende Mutter nicht rettete.

<sup>118</sup> Bosch in: Schönke/Schröder (Fn. 2), § 246 Rn. 19; Eisele, BT II (Fn. 3), Rn. 264; Wessels/Hillenkamp/Schuhr, BT 2 (Fn. 2), Rn. 328.

<sup>119</sup> BGH NStZ-RR 2017, 211 (212); Kudlich in: SSW (Fn. 13), § 246 Rn. 20; Rengier, BT I (Fn. 1), § 5 Rn. 54.

<sup>120</sup> BGH NStZ-RR 2017, 211 (212); Kudlich in: SSW (Fn. 13), § 246 Rn. 20; Rengier, BT I (Fn. 1), § 5 Rn. 54.

<sup>121</sup> Rengier, BT I (Fn. 1), § 5 Rn. 53; Wessels/Hillenkamp/Schuhr, BT 2 (Fn. 2), Rn. 330.

<sup>122</sup> Bosch in: Schönke/Schröder (Fn. 2), § 246 Rn. 19; Eisele, BT II (Fn. 3), Rn. 264; Wessels/Hillenkamp/Schuhr, BT 2 (Fn. 2), Rn. 330.

<sup>123</sup> Bosch in: Schönke/Schröder (Fn. 2), § 246 Rn. 19.

<sup>124</sup> BGH NJW 1960, 684 (686); Kudlich in: SSW (Fn. 13), § 246 Rn. 20; Rengier, BT I (Fn. 1), § 5 Rn. 54.

<sup>125</sup> Bosch in: Schönke/Schröder (Fn. 2), § 246 Rn. 19; Eisele, BT II (Fn. 3), Rn. 265; Wessels/Hillenkamp/Schuhr, BT 2 (Fn. 2), Rn. 330.

<sup>126</sup> Eisele, BT II (Fn. 3), Rn. 264.

<sup>127</sup> Bosch in: Schönke/Schröder (Fn. 2), § 246 Rn. 19.

<sup>128</sup> Bosch in: Schönke/Schröder (Fn. 2), § 246 Rn. 19; Rengier, BT I (Fn. 1), § 5 Rn. 54.

<sup>129</sup> Rengier, BT I (Fn. 1), § 5 Rn. 54.

<sup>130</sup> BGH NJW 2017, 2052 (2055); Satzger in: SSW (Fn. 13), § 263 Rn. 103, 105.

**Totschlag d. Unterlassen, §§ 212 Abs. 1, 13 Abs. 1 StGB**

## I. Tatbestandsmäßigkeit

**1. Objektiver Tatbestand**

- a) Eintritt des tatbeständlichen Erfolges
- b) Unterlassung einer geeigneten und erforderlichen Verhinderungshandlung trotz physisch-realer individueller Handlungsmöglichkeit
- c) (Quasi-)Kausalität des Unterlassens

**d) Garantenstellung i.S.d. § 13 StGB**

- e) Entsprechungsklausel  
i.S.d. § 13 Abs. 1 Hs. 2 StGB

## 2. Subjektiver Tatbestand

## II. Rechtswidrigkeit

## III. Schuld

- 1. Unzumutbarkeit normgemäßen Verhaltens
- 2. Gebotsirrtum

**I. Tatbestandsmäßigkeit**

Hierzu müsste R den Tatbestand der §§ 212 Abs. 1, 13 Abs. 1 StGB erfüllt haben.

**1. Objektiver Tatbestand**

Dafür müsste der objektive Tatbestand erfüllt sein.

**a) Eintritt des tatbeständlichen Erfolges**

Der tatbeständliche Erfolg ist mit dem Tod der M eingetreten.

**b) Unterlassung einer geeigneten und erforderlichen Verhinderungshandlung trotz physisch-realer individueller Handlungsmöglichkeit**

R müsste die Vornahme einer geeigneten und erforderlichen Verhinderungshandlung trotz physisch-realer individueller Handlungsmöglichkeit unterlassen haben. Objektiv geboten und erforderlich war die von S nicht vorgenommene Rettung seiner ertrinkenden Mutter. Weiterhin müsste R eine physisch-reale individuelle Handlungsmöglichkeit gehabt haben. Möglich ist dem Täter nur eine Rettungshandlung, zu deren Vornahme er individuell fähig

ist.<sup>131</sup> Dies kann ausgeschlossen sein, wenn der Täter die gebotene Rettungshandlung wegen räumlicher Entfernung oder mangels persönlicher Fähigkeiten nicht vornehmen kann.<sup>132</sup> R war als erfahrener Schwimmer grundsätzlich in der Lage, zu seiner Mutter ins Wasser zu eilen und diese zu retten. Auch bestand kein räumliches Hindernis gegen eine derartige Rettungsaktion. R hat somit die Rettungsaktion trotz einer physisch-realen individuellen Handlungsmöglichkeit unterlassen.

Fraglich ist, wie es sich auswirkt, dass R im Falle eines Rettungsversuchs mit einem epileptischen Anfall rechnen musste. Die Vornahme der Handlung muss dem Unterlassenden auch zumutbar sein.<sup>133</sup> Streitig ist indes, ob bei Unzumutbarkeit des normgemäßen Verhaltens bereits die Tatbestandsmäßigkeit entfällt, oder ob es sich um einen übergesetzlichen Entschuldigungsgrund handelt. Die Tatbestandslösung<sup>134</sup> führt an, dass Gründe für eine Differenzierung zum echten Unterlassungsdelikt des § 323c StGB, bei welchem die Unzumutbarkeit den Tatbestand ausschließt, nicht ersichtlich seien. Außerdem vermeide die Tatbestandslösung kriminalpolitisch befremdliche Ergebnisse, so könne nach der Schuldlösung jemand, der eine unzumutbare Handlung unterlässt, einen tatbestandsmäßigen und rechtswidrigen Totschlag begehen. Das Gesetz stellt allerdings einen Garanten i.S.d. § 13 StGB unter den dortigen Voraussetzungen dem Begehungstäter gerade gleich,<sup>135</sup> zumal die Unzumutbarkeit in deutlicher Nähe zu den gesetzlich geregelten und sonst anerkannten Entschuldigungsgründen steht.<sup>136</sup> Die Handlungspflicht des Unterlassenden bleibt prinzipiell bestehen, nur eine Bestrafung ist unter präventiven Gesichtspunkten nicht erforderlich, da die Unterlassung nicht in einem kriminellen Antrieb, sondern in der persönlichen Unzumutbarkeit besteht.<sup>137</sup> Es handelt sich somit um einen typischen Entschuldigungsgrund.<sup>138</sup>

**c) (Hypothetische) Kausalität des Unterlassens für den konkreten Erfolg**

Die unterlassene Rettungsaktion des R müsste auch (quasi-)kausal für den Tod der M gewesen sein. Für die Kausalität des Unterlassens ist grundsätzlich ausschlaggebend, ob das Handeln des Täters hinzugedacht werden kann, ohne

<sup>131</sup> Kühl, Strafrecht Allgemeiner Teil, 8. Auflage 2017, § 18 Rn. 30.

<sup>132</sup> Rengier, AT (Fn. 59), § 49 Rn. 9

<sup>133</sup> BGH NJW 2010, 2672 (2676).

<sup>134</sup> Krey/Esser, Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Auflage 2016, Rn. 1173.

<sup>135</sup> Wessels/Beulke/Satzger, AT (Fn. 57), Rn. 1216.

<sup>136</sup> Kühl, AT (Fn. 131), § 18 Rn. 33.

<sup>137</sup> Roxin, AT II (Fn. 66), § 31 Rn. 233f.

<sup>138</sup> BGHSt 6, 46 (57); Kühl (Fn. 131), § 18 Rn. 33; Rengier, AT (Fn. 59), § 49 Rn. 47.

dass der Erfolg mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit entfiele.<sup>139</sup> Wäre R ins Wasser gesprungen und hätte seiner Mutter geholfen, wäre diese gerettet worden. Der unterlassene Rettungsversuch des S war demnach für den Tod der M (quasi-)kausal.

#### **d) Garantenstellung des Unterlassenden gem. § 13 Abs. 1 StGB**

Fraglich ist, ob R Garant für die Abwendung des Todes seiner Mutter gewesen ist. Er müsste aufgrund einer besonderen Pflichtenstellung rechtlich dafür einzustehen haben, dass der tatbestandliche Erfolg nicht eintritt.

Teilweise wird vertreten, dass die Sorge für die Eltern nicht in den besonderen Pflichtenkreis der Kinder falle.<sup>140</sup> Gem. § 1618a BGB sind Eltern und Kinder einander allerdings gerade Beistand und Rücksicht schuldig. Diese Vorschrift konkretisiert als Wertungsmaßstab über das bürgerliche Recht hinaus die strafrechtlichen Einstands- und Garantenpflichten.<sup>141</sup> Wie weit eine derartige Einstandspflicht reicht, ist allerdings nach den Umständen des Einzelfalls zu bestimmen.<sup>142</sup> Dabei sind vor allem das Alter, der Gesundheitszustand, das Zusammenleben und die sonstigen Verhältnisse der Betroffenen entscheidend.<sup>143</sup> Die strafrechtlichen Einstandspflichten sind somit auch von der tatsächlichen Ausgestaltung des Eltern-Kind-Verhältnisses abhängig. Nicht außer Acht gelassen werden dürfen dabei ebenfalls solche Regelungen, die die Betroffenen in autonomer Selbstbestimmung getroffen haben.<sup>144</sup> Über das formale familiäre Verhältnis hinaus besuchte R seine Mutter mehrmals in der Woche für mehrere Stunden, auch sonst hatte er eine gute Beziehung zu beiden Elternteilen. Das Eltern-Kind-Verhältnis war somit von besonderer räumlicher sowie persönlicher Nähe geprägt. Allerdings wurde R bewusst von den gesundheitlichen Problemen seiner Mutter ferngehalten, die primäre Einstandspflicht traf nach der internen Familienvereinbarung vielmehr den Vater. Gleichwohl ist gerade bei einer Lebensgefahr als denkbar schwerster Rechtsgutgefährdung eine Einstandspflicht des R anzunehmen. Aufgrund des guten Verhältnisses zu seiner Mutter trat er, als sein Vater aufgrund der Demenz die Lage nicht mehr einschätzen konnte, in der konkreten Situation als vorrangiger Garant ein.

Mithin hatte R gegenüber M eine Garantenstellung gem. § 13 Abs. 1 StGB inne.

#### **e) Entsprechungsklausel, § 13 Abs. 1 Hs. 2 StGB**

Gem. der „Entsprechungsklausel“ des § 13 Abs. 1 Hs. 2 StGB müsste das Unterlassen des R hinsichtlich der Erfolgsabwendung der Verwirklichung des gesetzlichen Tatbestandes durch ein aktives Tun entsprechen. § 212 Abs. 1 StGB setzt als reines Erfolgsdelikt keine besondere Begangsweise und keinen speziellen Verhaltensunwert voraus, sodass es keiner Gleichwertigkeitsprüfung i.S.d. „Entsprechungsklausel“ bedarf.<sup>145</sup>

### **2. Subjektiver Tatbestand**

Weiterhin müsste R den subjektiven Tatbestand erfüllt haben, dazu müsste er vorsätzlich gehandelt haben. R erkannte die Notsituation seiner Mutter und war sich der die Garantenstellung begründenden Umstände auch bewusst. Eine Kenntnis der Garantenpflicht als solcher ist nicht erforderlich. R handelte somit vorsätzlich. Der subjektive Tatbestand ist somit erfüllt.

### **II. Rechtswidrigkeit**

R handelte rechtswidrig.

### **III. Schuld**

Wie bereits festgestellt, stellt die Unzumutbarkeit des normgemäßen Verhaltens bei den unechten Unterlassungsdelikten einen besonderen Entschuldigungsgrund dar. R würde demnach nicht schuldhaft handeln, wenn die Rettung seiner Mutter für ihn aufgrund seiner Epilepsieerkrankung unzumutbar gewesen wäre. Die Pflichterfüllung ist unzumutbar, wenn der Garant durch sie eigene billigenswerte Interessen in erheblichem Umfang gefährden würde und das Gewicht der Interessen, die der Täter preisgeben soll, dem Gewicht des drohenden Erfolges entspricht.<sup>146</sup>

Die Erfolgsabwendungspflicht des R gegenüber seiner Mutter ist demnach durch die Zumutbarkeit der entsprechenden Handlung begrenzt. Grundsätzlich können auch gefährliche Handlungen zumutbar sein. Es muss allerdings keine konkrete Lebensgefahr auf sich genommen

<sup>139</sup> Jäger, Strafrecht Allgemeiner Teil, 8. Auflage 2017, Rn. 336b.

<sup>140</sup> Freund in: MüKoStGB (Fn. 66), § 13 Rn. 177.

<sup>141</sup> BGH NJW 3609.

<sup>142</sup> Kienemund in: BeckOGK, 01.02.2019, BGB § 1618a Rn. 9.

<sup>143</sup> Gessaphe in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band X, 7. Auflage 2017, § 1618a Rn. 8; Hoffmann-Holland in: MüKoStGB (Fn. 66), § 22 Rn. 137;

<sup>144</sup> BGH NJW 3609 (3610).

<sup>145</sup> Wessels/Beulke/Satzger, AT (Fn. 57), Rn. 1205.

<sup>146</sup> Rengier, AT (Fn. 59), § 49. Rn. 47.

werden.<sup>147</sup> Im Falle eines Rettungsversuchs durch R hätte dieser sein eigenes Leben riskiert. Dies war ihm nicht zumutbar. Er ist somit entschuldigt.

#### **IV. Ergebnis**

R hat sich folglich nicht wegen vollendeten Totschlags durch Unterlassen gem. §§ 212 Abs. 1, 13 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

#### **B. Strafbarkeit wegen unterlassener Hilfeleistung gem.**

##### **§ 323c Abs. 1 StGB**

Eine Strafbarkeit des R gem. § 323c Abs. 1 StGB kommt wegen der Unzumutbarkeit ebenfalls nicht in Betracht.

#### **C. Gesamtergebnis**

R hat sich weder wegen vollendeten Totschlags durch Unterlassen gem. §§ 212 Abs. 1, 13 Abs. 1 StGB noch wegen unterlassener Hilfeleistung gem. § 323c Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

---

<sup>147</sup> Krey/Esser, AT (Fn. 134), Rn. 1171.