

Lösung

A. Das Abstellen des Apfelsaft-Kasten auf dem Tresen

I. Diebstahl, § 242 StGB

1. Objektiver Tatbestand

a) Tatobjekt

Der Kasten mit leeren Mineralwasser-Flaschen ist eine Sache. Die Flaschen sind Sachen. Sie sind beweglich. Eigentümer von Kasten und Flaschen im Tatzeitpunkt ist K, daher sind diese Sachen für P fremd.

b) Tathandlung

P müsste die Sachen einem anderen **weggenommen** haben.

Wegnahme ist der Bruch fremden und die Begründung neuen – nicht notwendig tätereigenen – Gewahrsams¹.

Gewahrsam ist die von einem – zumindest generellen – Beherrschungswillen getragene tatsächliche Sachherrschaft².

¹ *Wessels/Hillenkamp* Strafrecht Besonderer Teil 2, 27. Aufl. 2004, Rn 71; *Rengier* Strafrecht Besonderer Teil 1, 7. Aufl. 2005, § 2 Rn 10.

² *Kindhäuser* Strafrecht Besonderer Teil II, 4. Aufl. 2005, § 2 Rn 35.

aa) fremder Gewahrsam

K hatte Gewahrsam an dem Kasten und den Flaschen. Diesen Gewahrsam behielt er auch noch, als er mit dem Kasten in der Hand den Getränkemarkt betrat. Daran änderte sich auch nichts, als er den Kasten auf den Tresen stellte und den Getränkemarkt noch einmal kurz verließ, um aus seinem Pkw weitere Getränkekästen zu holen.

Nach der für die Beurteilung des Gewahrsams maßgeblichen **Verkehrsanschauung** behält der Kunde so lange Gewahrsam an dem Leergut, bis er von der Mitarbeiterin des Getränkemarktes den Leergut-Bon oder Bargeld ausgehändigt bekommen hat. Sobald der Kunde den Leergut-Bon oder Bargeld bekommen hat, geht der Gewahrsam auf den Getränkemarkt über.

bb) Bruch fremden Gewahrsams

Gewahrsamsbruch ist die Aufhebung des bisherigen Herrschaftsverhältnisses ohne Einverständnis des betroffenen Gewahrsamsinhabers³.

Fraglich ist, ob P das bisherige Gewahrsamsverhältnis aufgehoben hat.

Drei verschiedene Verhaltensweisen des P kommen als Anknüpfungspunkt für die Prüfung des Gewahrsamsbruchs in Betracht :

- (1) P stellt seine Kasten mit leeren Apfelsaftflaschen neben den Kasten des K auf den Tresen
- (2) P nimmt von M den Leergut-Bon entgegen.
- (3) P ergreift den Kasten mit den leeren Mineralwasser-Flaschen und bringt ihn in die Ecke, wo die Kästen gestapelt werden.

Hier ist ausschließlich das Abstellen des eigenen Kastens mit den leeren Apfelsaft-Flaschen zu erörtern. Zu (2) und (3) unten B und C .

Man könnte sagen, daß P mit dem Abstellen seines Kastens neben dem des K eine Situation geschaffen hat, in der er – P – als Eigentümer und Gewahrsamsinhaber bzgl. beider Kästen erscheint (bestätigt durch den Irrtum der M). Allerdings ist die „Verkehrsanschauung“ nicht die Sicht einer tatsächlich existierenden konkreten Person - hier die Sicht der M - , sondern ein normatives Konstrukt, eine theoretische Figur, ein Projektionsobjekt, dem eine bestimmte verallgemeinerte und abstrahierte Sicht der Dinge zugeschrieben wird. Die Verkehrsanschauung „weiß“, daß der Mineralwasser-Kasten nicht von P, sondern von K auf den Tresen gestellt wurde. Also hält die Verkehrsanschauung den K weiterhin für den Gewahrsamsinhaber.

Hinzu kommt, daß P den Standort des Mineralwasser-Kastens nicht verändert hat. Ohne eine Fortbewegung der Sache ist aber eine Wegnahme der Sache grundsätzlich nicht

³ Rengier Strafrecht BT 1, § 2 Rn 31.

möglich. Anders ist es nur, wenn die Sache – wie hier - bereits in die Herrschaftssphäre eines anderen eingebracht ist und ein Gewahrsamswechsel nur deswegen noch nicht erfolgt ist, weil jemand anderes in der Herrschaftssphäre eine „Gewahrsamsenklaue“ gebildet hat oder - wie hier - die Verkehrsanschauung den Gewahrsam jemand anderem zuschreibt. Unter diesen Voraussetzungen genügt für eine Wegnahme, daß entweder die Gewahrsamsenklaue beseitigt oder die Umstände beseitigt werden, wegen denen die Verkehrsanschauung dem anderen (noch) den Gewahrsam zuschreibt. Mit Wegfall dieser Umstände bzw. der Gewahrsamsenklaue geht der Gewahrsam auf den Inhaber der Herrschaft über die räumliche Gewahrsamssphäre über. Hier sind diese Umstände, wegen denen dem K der Gewahrsam zugeschrieben wird, noch nicht weggefallen. Daher hätte P den Gewahrsam des K nur durch Fortbewegung des Kastens brechen können.

Das Abstellen des eigenen Apfelsaft-Kastens auf dem Tresen ist also kein Bruch des Gewahrsams des K an dem Mineralwasser-Kasten.

Hilfsweise : P hatte zu diesem Zeitpunkt auch keinen Wegnahmenvorsatz und keine Zueignungsabsicht.

2. Ergebnis

P hat sich nicht wegen Diebstahls gem. § 242 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

II. Unterschlagung, § 246 StGB

1. Objektiver Tatbestand

a) Tatobjekt

Der Kasten und die 12 leeren Mineralwasserflaschen sind Eigentum des K und daher für P fremde bewegliche Sachen.

b) Tathandlung

P müßte den Kasten und die Flaschen entweder sich oder einem Dritten zugeeignet haben. Zueignung ist eine Handlung, mit der der Eigentümer enteignet wird und mit der der Täter sich oder einem Dritten die Sache aneignet⁴. Was man darunter konkret zu verstehen hat, ist umstritten. Dieser Streit ist hier aber noch nicht entscheidungserheblich, da das Verhalten des P auch nach der weitesten Auffassung vom Zueignungsbegriff – Manifestation des Zueignungswillens – nicht als Zueignung

⁴ Zum Zueignungsbegriff bei § 246 StGB : *Wessels/Hillenkamp* Strafrecht BT 2, Rn 279 ff.; *Rengier* Strafrecht BT 1, § 5 Rn 10 ff.; *Krey/Hellmann* Strafrecht Besonderer Teil 2, 13. Aufl. 2002, Rn 160 ff.; *Kindhäuser* Strafrecht Besonderer Teil II, § 6 Rn 7 ff.

qualifiziert werden kann. Das Abstellen des Apfelsaftkastens auf dem Tresen ist eine **neutrale Handlung**, mit der sich der P nicht eine (Quasi-)Eigentümerstellung auch des Mineralwasserkastens anmaßt.

2. Ergebnis

P hat sich nicht aus § 246 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

III. Betrug, § 263 Abs. 1 StGB

1. Objektiver Tatbestand

P müßte jemanden **getäuscht** haben. Er müßte entweder eine unwahre Tatsachenbehauptung aufgestellt oder eine wahre Tatsachenbehauptung in verzerrter, sinnentstellender oder unvollständiger – wesentliche Informationen unterdrückender – Form aufgestellt haben. Dies müßte durch **aktives Tun** geschehen sein.

Hier hat P seinen Apfelsaftkasten neben den Mineralwasserkasten des K auf den Tresen gestellt. Außerdem hat er sich selbst an den Tresen gestellt und auf die M gewartet. P hat also aktiv gehandelt.

Die Frage ist nur, ob diese Aktivitäten die strafrechtliche Qualität einer Täuschung haben. Dann müssten diese Handlungen eine Äußerung über Tatsachen sein und zwar über Tatsachen, die nicht existent sind.

Tatsachenbezogene Äußerungen können auch **konkludent nonverbal** gemacht werden.

Das Abstellen des Apfelsaftkastens und das Postieren am Tresen könnte die konkludente Aussage enthalten „Diese beiden Getränkemärkte sind von mir – P – hier abgestellt worden, sie gehören also mir“.

Diese Interpretation lässt sich auf die Verkehrssitte bzw. die übliche Praxis bei der Rückgabe von Leergut in einem Getränkemarkt stützen.

Schreibt man dem Verhalten des P diesen Aussageinhalt zu, ist die Erklärung unwahr, da P den Mineralwasserkasten nicht auf den Tresen gestellt hat und auch nicht Eigentümer dieses Kastens und der darin befindlichen Flaschen ist.

Umstritten ist, ob der strafrechtliche Begriff der „Täuschung“ auch eine finale Komponente – eine **Täuschungsintention** – des Täters hat. Das wird von vielen Autoren behauptet⁵. Schließt man sich dem an, muß man bereits die Erfüllung des objektiven Tatbestandsmerkmals „Täuschung“ verneinen. Denn P nahm am Anfang an, der Kasten sei bereits von einem anderen Kunden der M übergeben und übereignet

⁵ Wessels/Hillenkamp, BT 2, Rn 493.

worden, folglich könne sein Verhalten – das Verhalten des P – von der M nicht als unwahre Behauptung einer Eigentümerstellung bzgl. diese Kastens missverstanden werden. P stellte sich also nicht vor, die M durch sein Verhalten zu täuschen.

Stützt man zutreffender Ansicht nach das objektive Tatbestandsmerkmal „Täuschung“ auf eine lediglich objektiv unwahre Tatsachenbehauptung⁶, kann man hier dieses objektive Tatbestandsmerkmal bejahen. Allerdings kommt man auf der Stufe des subjektiven Tatbestandes zu dem Ergebnis, daß P **keinen Vorsatz** (§ 15 StGB) bzgl. einer Täuschung hatte. Der subjektive Tatbestand ist also nicht erfüllt.

Man kommt also auf jeden Fall zur Strafflosigkeit des P, entweder schon im objektiven Tatbestand oder im subjektiven Tatbestand. Aus diesem Grund sollte man sich hier die Erörterung der objektiven Tatbestandsmerkmale „Irrtum“, „Vermögensverfügung“ und „Vermögensschaden“ sparen und – gutachtentechnisch sicher nicht ganz korrekt – unter Vorgriff auf den Vorsatz feststellen, daß jedenfalls wegen Nichterfüllung des subjektiven Tatbestandes keine Strafbarkeit begründet ist.

2. Ergebnis

P hat sich nicht wegen Betruges aus § 263 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

B. Die Entgegennahme des Leergut-Bon

I. Diebstahl, § 242 StGB

1. Objektiver Tatbestand

a) Tatobjekt

Der Kasten mit leeren Mineralwasser-Flaschen ist eine Sache. Die Flaschen sind Sachen. Sie sind beweglich. Eigentümer von Kasten und Flaschen im Tatzeitpunkt ist K, daher sind diese Sachen für P fremd.

b) Tathandlung

P müßte die Sachen einem anderen weggenommen haben.

Wegnahme ist der Bruch fremden und die Begründung neuen – nicht notwendig tätereigenen – Gewahrsams. Gewahrsam ist die von einem – zumindest generellen – Beherrschungswillen getragene tatsächliche Sachherrschaft.

aa) fremder Gewahrsam

⁶ Krey/Hellmann, BT 2, Rn 337 a.

K hatte Gewahrsam an dem Kasten und den Flaschen. Diesen Gewahrsam behielt er auch noch, als er mit dem Kasten in der Hand den Getränkemarkt betrat. Daran änderte sich auch nichts, als er den Kasten auf den Tresen stellte und den Getränkemarkt noch einmal kurz verließ, um aus seinem Pkw weitere Getränkekästen zu holen. Nach der für die Beurteilung des Gewahrsams maßgeblichen Verkehrsanschauung behält der Kunde so lange Gewahrsam an dem Leergut, bis er von der Mitarbeiterin des Getränkemarktes den Leergut-Bon oder Bargeld ausgehändigt bekommen hat. Sobald der Kunde den Leergut-Bon oder Bargeld bekommen hat, geht der Gewahrsam auf den Getränkemarkt über.

bb) Bruch fremden Gewahrsams

Gewahrsamsbruch ist die Aufhebung des bisherigen Herrschaftsverhältnisses ohne Einverständnis des betroffenen Gewahrsamsinhabers.

Fraglich ist, ob P das bisherige Gewahrsamsverhältnis aufgehoben hat.

Gewahrsamsbruch durch die wortlose Entgegennahme des Leergut-Bons ?

Nach der Verkehrsanschauung geht Gewahrsam an Leergut vom Kunden auf den Getränkemarkt in dem Moment über, in dem der Kunde entweder Bargeld oder – als Ersatz für Bargeld – einen einlösbaren Leergut-Bon ausgehändigt bekommen hat. Einer tatsächlichen Übergabehandlung bedarf es dazu nicht, da sich das Leergut bereits im räumlichen Macht- und Herrschaftsbereich des Getränkehandels befindet. Der Getränkemarkt(inhaber) erlangt also nicht etwa erst dann Gewahrsam an dem Kasten, wenn ein Mitarbeiter/eine Mitarbeiterin den Kasten ergreift, vom Tresen nimmt und auf einen Stapel stellt. Der Gewahrsam geht vielmehr in dem Moment über, in dem der Kunde den Leergut-Bon entgegennimmt.

Indem M dem P den Leergut-Bon auch für den Kasten mit den Mineralwasser-Flaschen übergab, verlor K seine Sachherrschaft über diesen Kasten.

Da K damit nicht einverstanden war, wurde sein Gewahrsam gebrochen.

Fraglich ist aber, ob P eine Handlung vollzogen hat, die für den Gewahrsamsverlust des K ursächlich und die deshalb ein Gewahrsamsbruch ist. Hier ist es wohl so, daß P und M gemeinsam den Gewahrsam des K aufgehoben haben. M, indem sie dem P den Leergut-Bon gab und P, indem er den Leergut-Bon entgegennahm. Daß M dabei den P für den Eigentümer des Mineralwasser-Kastens hielt, also keinen Wegnahmever-satz bzgl. K hatte, hat zur Folge, daß die Mitwirkung der M an dem Gewahrsamsbruch dem P gem. § 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB zugerechnet werden kann. Indem P die M veranlasste, ihm den Leergut-Bon auch bzgl. des Mineralwasser-Kastens zu geben, benutzte er sie als gutgläubiges (vorsatzloses, § 16 Abs. 1 S. 1 StGB) Werkzeug.

P hat also den Gewahrsam des K in **mittelbar-täterschaftlicher** Manier gebrochen.

cc) Begründung neuen Gewahrsams

Wie oben unter bb festgestellt wurde, ging der Gewahrsam an dem Getränkekasten mit der Überreichung des Leergut-Bons von M an P auf den Getränkemarkt(inhaber) über.

Für den Inhaber übt die M die Sachherrschaft aus. Sie hat also neuen Gewahrsam an dem Kasten mit den Mineralwasser-Flaschen begründet.

Da die Wegnahme **nicht unbedingt tätereigenen** Gewahrsam voraussetzt, kann eine Wegnahme durch den P auch bejaht werden, wenn nicht er, sondern ein Dritter neuen Gewahrsam begründet.

P hat also den Gewahrsam des K gebrochen und neuen Gewahrsam der M begründet. Also hat P dem K den Kasten mit den leeren Mineralwasser-Flaschen weggenommen.

2. Subjektiver Tatbestand

a) Vorsatz, § 15 StGB

Als M zu erkennen gab, daß sie den P für den Eigentümer des Kastens mit den leeren Mineralwasser-Flaschen hält, wusste P, daß der Kasten einem anderen Kunden gehört. Er hatte also Vorsatz bzgl. der fremden beweglichen Sache. Außerdem hatte P Vorsatz bzgl. des Gewahrsamsbruchs und der Begründung neuen Gewahrsams.

b) Zueignungsabsicht

aa) P hatte den Vorsatz, den K endgültig zu enteignen.

bb) Außerdem hatte P die Absicht, eine jedenfalls vorübergehende Aneignung des Kastens durch M bzw. den Inhaber des Getränkemarktes zu bewirken (Drittzeignung).

cc) Schließlich wusste P auch, daß der Getränkemarktinhaber im Verhältnis zu K kein Recht hatte, sich das Leergut anzueignen, ohne dem K dafür den „Pfand“-Betrag (bar oder als Leergut-Bon) auszuzahlen. Also hatte P auch Vorsatz bzgl. der Rechtswidrigkeit der beabsichtigten Dritt-Zueignung.

3. Rechtswidrigkeit

Die Tat des P war nicht gerechtfertigt, also war sie rechtswidrig.

4. Schuld

P handelte schuldhaft.

5. Ergebnis

P hat sich wegen Diebstahls gem. § 242 Abs. 1 StGB strafbar gemacht. Daß es sich um geringwertige Sachen handelt, steht der Strafbarkeit nicht entgegen, begründet nur ein Strafantragserfordernis, § 248 a StGB.

II. Unterschlagung, § 246 StGB

1. Objektiver Tatbestand

a) Tatobjekt

Der Kasten und die 12 leeren Mineralwasserflaschen gehören dem K und sind für P fremde bewegliche Sachen.

b) Tathandlung

P müßte die Sachen entweder sich oder einem Dritten zugeeignet haben.

Indem sich P von M den Leergut-Bon geben ließ, der eine Gutschrift enthält, deren Grundlage auch der Mineralwasserkasten ist, hat er sich verhalten, wie es nur dem Eigentümer des Leergutes zusteht bzw. einer Person, die eine Berechtigung von dem Eigentümer des Leergutes ableiten kann, zusteht. P hat durch die Entgegennahme konkludent zum Ausdruck gebracht, daß er sich als Rechtsinhaber bzgl. sämtlicher Leergutsexemplare betrachtet, die der Gutschrift zugrunde liegen. Damit negiert er zugleich die Eigentümerstellung des K. Läßt man diese Art der Äußerung eines Enteignungs- und Aneignungswillens als „Zueignung“ genügen, hat P dieses Tatbestandsmerkmal erfüllt.

Eine Zueignung kann man auch bejahen, wenn man darauf abstellt, daß P durch die Entgegennahme des Leergut-Bons bewirkt hat, daß das Herrschaftsverhältnis zwischen K und dem Kasten aufgehoben wird und zugleich ein neues Herrschaftsverhältnis zwischen dem Getränkemarktinhaber und dem Kasten begründet wird. Nach der Überreichung des Leergut-Bons an P fühlt sich die M bzw. der Getränkemarktinhaber als Eigentümer des Kastens, womit zugleich die Anerkennung des Eigentums des K aufgehoben ist. Wenn K nun versucht, seine Rechtsstellung als Eigentümers des Kastens und der Flaschen geltend zu machen, wird er dabei auf den Widerstand der M stoßen und jedenfalls zunächst als Nicht-Eigentümer behandelt werden. Dies kann man als Enteignung bezeichnen. Dem korrespondiert die auf die Aushändigung des Leergut-Bons an P gestützte Behauptung der M, Eigentümerin des Kastens geworden zu sein. Dies ist eine Aneignung, die P in Form der Drittzueignung bewirkt hat.

P hat also sich selbst und dem Getränkemarkt den Kasten und die 12 leeren Flaschen zugeeignet.

2. Subjektiver Tatbestand

P handelte vorsätzlich, § 15 StGB.

3. Rechtswidrigkeit

Da der Getränkemarkt gegenüber K keinen Anspruch auf den Kasten hatte, ist die Drittzueignung rechtswidrig.

4. Schuld

P handelte schuldhaft.

5. Ergebnis

P hat die Strafbarkeitsvoraussetzungen des § 246 Abs. 1 StGB erfüllt. Auf Grund der **Subsidiaritätsklausel** in § 246 Abs. 1 a. E. StGB tritt die Unterschlagung aber hinter dem Diebstahl zurück.

III. Betrug, § 263 StGB

1. Objektiver Tatbestand

a) Täuschung

P müßte jemanden getäuscht haben. Dies müßte durch ein aktives Tun geschehen sein. Die wahrheitswidrige tatsachenbezogene Äußerung kann auch in konkludenter Form gemacht werden.

Das bloße Stehen vor dem Tresen ist kein aktives Tun. Hierauf kann also die Prüfung einer Täuschung durch konkludente tatsachenbezogene Äußerung nicht bezogen werden.

Dagegen ist die Entgegennahme des Leergut-Bons ein aktives Tun.

Diese Handlung kann als tatsachenbezogene Äußerung interpretiert werden. Der Kunde gibt mit dieser Handlung die Erklärung ab, Eigentümer des abgegebenen Leergutes (Kasten und leere Flaschen) zu sein. Diesen Erklärungsinhalt muß dieses Verhalten schon deswegen haben, weil andernfalls der mit diesem Vorgang bezweckte Übergang des Eigentums vom Kunden auf den Getränkemarktinhaber nach § 929 BGB – Einigung über den Eigentumsübergang - nicht möglich wäre. Wenn also der Kunde – üblicherweise - keine verbalen Äußerungen wie „Ich übereigne Ihnen hiermit den Kasten mit den leeren Mineralwasserflaschen“ macht, sondern nur den Leergut-Bon schweigend entgegennimmt, dann muß diesem Verhalten dieser Erklärungsinhalt zugeschrieben werden.

Die Erklärung des P „ich bin Eigentümer sowohl des Kastens mit den leeren Apfelsaftflaschen als auch des Kastens mit den leeren Mineralwasserflaschen“ ist bzgl. der Mineralwasserflaschen unwahr. Also ist diese Erklärung eine Täuschung.

P hatte auch Täuschungsbewußtsein, denn er wusste jetzt, daß eine solche Erklärung unwahr ist.

b) Irrtum

Durch die Täuschung müßte bei einem anderen Menschen ein Irrtum erregt oder unterhalten worden sein.

aa) Irrtum

Hier stellte sich M schon vor der Übergabe des Leergut-Bons vor, der Kasten mit den Mineralwasserflaschen sei von P auf den Tresen gestellt worden, also sei der P Eigentümer dieses Kastens mitsamt der Flaschen. Da diese Vorstellung von der Wirklichkeit abweicht, ist sie ein Irrtum.

bb) Irrtumserregung

Dieser Irrtum ist durch die Täuschungshandlung des P – Entgegennahme des Leergut-Bons – nicht erregt worden, den er bestand schon vorher.

cc) Irrtumsunterhaltung

Die Täuschungshandlung des P hat aber bestätigende, bestärkende Wirkung in bezug auf den Irrtum der M. Die Vorstellung der M, P sei Eigentümer beider Getränkekästen, wurde dadurch verfestigt. Also hat die Täuschung des P den Irrtum der M **unterhalten**.

c) Vermögensverfügung

Durch die Unterhaltung des Irrtums müßte eine Vermögensverfügung verursacht worden sein.

aa) Übergabe des Leergut-Bons

Die Übergabe des Leergut-Bons scheidet aus, weil sie vor der Täuschungshandlung des P erfolgte, also nicht durch die Täuschung verursacht worden sein kann.

bb) Nichtrückforderung des Leergut-Bons

Vermögensverfügung kann aber auch ein Unterlassen sein⁷. Hätte M gewusst, daß der Kasten mit den Mineralwasserflaschen nicht dem P, sondern dem K, gehörte, hätte sie von P sofort den Leergut-Bon zurückgefordert und einen neuen Bon – auf dem nur der

⁷ *Wessels/Hillenkamp*, BT 2, Rn 517; *Rengier*, BT 1, § 13 Rn 23.

Kasten mit den leeren Apfelsaftflaschen berücksichtigt ist – übergeben. Von dieser Rückforderung des „Flaschen“ Leergut-Bons wurde die M durch den Irrtum und damit auch durch die Unterhaltung des Irrtums abgehalten.

Die Unterlassung der Rückforderung des Leergut-Bons berührt unmittelbar das Vermögen des Getränkemarktes. Denn mit der Aushändigung des Leergut-Bons ist dem P eine Art „Wertpapier“ gegeben worden, auf das er eine Forderung gegen den Getränkemarkt in Höhe von 5, 30 Euro (Auszahlung in bar oder Verrechnung mit Kaufpreis) stützen kann.

(1) Verfügung über das Vermögen des Getränkemarktinhabers

Inhaberin des betroffenen Vermögens ist nicht die M, sondern ist der Inhaber des Getränkemarktes (Horstmann). M hat also nicht über ihr eigenes Vermögen, sondern über das Vermögen eines Dritten verfügt. Eine solche Vermögensverfügung kann den objektiven Tatbestand § 263 Abs. 1 StGB erfüllen, wenn es sich um die Konstellation eines „**Dreiecksbetruges**“ handelt⁸. Dessen Voraussetzungen liegen hier eindeutig vor. Die M steht im „Lager“ des Getränkemarktinhabers. Verfügungen der M werden dem Getränkemarktinhaber wie eigene Vermögensverfügungen zugerechnet.

(2) Verfügung über das Vermögen des K

Dagegen liegt eine Verfügung über das Vermögen des K (Eigentum am Kasten mit den leeren Mineralwasserflaschen) nicht vor. Auch in dieser Richtung könnte es sich nur um einen Dreiecksbetrug handeln. Dieser setzt aber voraus, daß M im Lager des K steht. Das ist zweifellos nicht der Fall. Vermögensverfügungen der M werden dem K nicht zugerechnet.

cc) Verrechnung des Betrages 5, 30 Euro mit dem Kaufpreis 10 Euro

Eine irrtumsbedingte Verfügung über das Vermögen des Getränkemarktinhabers liegt auch in der Übereignung des gekauften Apfelsaftkastens unter gleichzeitiger Anrechnung des Betrages auf dem Leergut-Bon. Die Übereignung des Kastens ist eine Vermögensverfügung. Ebenfalls Verfügungscharakter hat die Anrechnung der 5, 30 Euro auf den Kaufpreis von 10 Euro.

d) Vermögensschaden

Durch die Vermögensverfügung(en) müßte ein Vermögensschaden – und zwar ein Schaden am Vermögen des Getränkemarktinhabers – verursacht worden sein.

aa) Bereits mit der Nichtrückforderung des unrichtigen Leergut-Bons ist zumindest eine **konkrete Vermögensgefährdung** verursacht worden. Denn nunmehr war der P in die Lage versetzt worden, vom Getränkemarktinhaber entweder die Auszahlung von 5,30 Euro oder die Anrechnung dieses Betrages auf einen Kaufpreis zu verlangen. Durch die Geltendmachung und Erfüllung dieses Anspruchs des P würde das Vermögen des Getränkemarktinhabers vermindert werden.

⁸ Dazu *Wessels/Hillenkamp*, BT 2, Rn 636 ff.; *Rengier*, BT 1, § 13 Rn 40 ff.; *Krey/Hellmann*, BT 2, Rn 407 ff.

Allerdings könnte ein Vermögensschaden durch den Zufluß einer mindestens gleichwertigen Gegenleistung ausgeschlossen sein. Der Getränkemarktinhaber hat zumindest den Besitz an dem Kasten mit den leeren Mineralwasserflaschen erlangt. Allerdings würde dieser Zufluß den Verlust der 3,30 Euro nicht voll ausgleichen. Denn dieser Betrag wird für die Übereignung des Leergutes gutgeschrieben. Also kommt es darauf an, ob der Getränkemarktinhaber auch das Eigentum an dem Kasten mit den leeren Mineralwasserflaschen erlangt hat. Ein solcher Eigentumserwerb könnte nur nach § 932 BGB erfolgt sein, weil P nicht Eigentümer des Kastens war. M war gutgläubig (auf ihren guten Glauben kommt es gem. § 166 BGB an). Allerdings scheidet der Eigentumserwerb an § 935 Abs. 1 BGB. K war noch unmittelbarer Besitzer des Kastens, den er auf dem Tresen abgestellt hatte. Dieser Besitz wurde ihm ohne sein Einverständnis entzogen, als P von M den Leergut-Bon entgegennahm. Also ist dem K der Kasten abhanden gekommen. Ein Eigentumserwerb des Getränkemarktinhabers kraft guten Glaubens ist also nicht möglich.

Da der Getränkemarktinhaber nicht Eigentümer des Kastens und der Flaschen geworden ist, hat er keine vollwertige Gegenleistung für die Gutschrift von 3,30 Euro erlangt. Also ist sein Vermögen geschädigt worden.

bb) Dieser zunächst nur in der Form der Vermögensgefährdung entstandene Schaden hat sich dann an der Kasse zu einem endgültigen Verlust vertieft, als M dem P insgesamt 5,30 Euro auf den Kaufpreis von 10 Euro anrechnete.

2. Subjektiver Tatbestand

a) Vorsatz, § 15 StGB

P handelte mit Betrugsvorsatz.

b) Bereicherungsabsicht

aa) Die Erlangung des Leergut-Bons über einen Betrag von 5,30 Euro ist eine Mehrung des Vermögens des P, also eine Bereicherung.

bb) In Höhe von 3,30 Euro hatte P auf die Erlangung des Leergut-Bons keinen Anspruch. Die Bereicherung des P ist insoweit rechtswidrig.

cc) Die Bereicherung um den Betrag von 3,30 Euro korrespondiert dem entsprechenden Vermögensschaden des Getränkemarktinhabers. Also sind Bereicherung und Schaden stoffgleich.

dd) P handelte mit der Absicht, die rechtswidrige Bereicherung zu erlangen.

3. Rechtswidrigkeit

Die Tat des P war rechtswidrig.

4. Schuld

P handelte schuldhaft.

5. Ergebnis

P hat sich wegen Betruges aus § 263 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

IV. Betrug durch Unterlassen, §§ 263, 13 StGB

1. Objektiver Tatbestand

Insbesondere wenn man der Ansicht ist, daß das aktive Verhalten des P – die Entgegennahme des Leergut-Bons – keine tatbestandsmäßige Täuschung ist, muß man Betrug durch Unterlassen prüfen.

a) Täuschung

Die Nichtaufklärung über die wahren Eigentumsverhältnisse bezüglich des Kastens mit den leeren Mineralwasserflaschen könnte eine Täuschung durch Unterlassen sein. Die Verwirklichung dieses Betrugsmerkmals durch Unterlassen ist möglich.

aa) Unterlassen

P hatte die Möglichkeit, der M mitzuteilen, daß der Kasten mit den leeren Mineralwasserflaschen nicht ihm, sondern einem anderen Kunden gehört. P hat eine solche Mitteilung nicht gemacht. Das hat zur Folge, daß jemand – hier die M – der irrigen Auffassung ist, Eigentümer des Kastens mit den leeren Mineralwasserflaschen sei der P. Das ist ein Täuschungserfolg. P hat es unterlassen, die Verfestigung dieses Erfolges zu verhindern.

bb) Garantenstellung

Das Betrugsmerkmal „Täuschung“ kann durch dieses Unterlassen nur verwirklicht worden sein, wenn P eine Garantenstellung hatte, § 13 Abs. 1 StGB.

Als Grundlagen einer solchen Garantenstellung kommen die Geschäftsbeziehung zwischen P und dem Getränkemarkt sowie Ingerenz in Frage.

(1) Die schlichte einmalige geschäftliche Situation des Kaufs eines Getränkekastens bzw. dessen Rückgabe schafft aber noch keine Geschäftsbeziehung, zu deren

essentiellen Bestandteilen gegenseitiges Vertrauen in die Redlichkeit des Partners ist⁹. Vielmehr hat bei der Abwicklung eines solchen Geschäfts jeder eigenverantwortlich für die Wahrung seiner eigenen Interessen zu sorgen, ohne von dem Partner erwarten und verlangen zu können, daß er sich mit um die Wahrung der Interessen des anderen kümmert. M hätte hier ihren Irrtum einfach dadurch vermeiden könne, indem sie den P gefragt hätte, ob die beiden Kästen ihm gehören. Wenn P darauf wahrheitswidrig geantwortet hätte, wäre der Tatbestand des § 263 StGB durch aktives Tun erfüllt. Ohne eine derartige ausdrückliche Frage kann M nicht erwarten, daß P aus eigenem Antrieb Aufklärung gibt, um einen etwaigen Irrtum der M zu beheben.

(2) Eine Garantenstellung aus Ingerenz¹⁰ könnte damit begründet werden, daß das Abstellen des Kastens mit den leeren Apfelsaftflaschen den Eindruck erweckt, auch der Kasten mit den leeren Mineralwasserflaschen gehöre dem P. Damit könnte die Gefahr eines entsprechenden Irrtums der M erzeugt worden sein. Allerdings ist h. M., daß durch rechtmäßiges, sorgfaltspflichtgemäßes und sozialadäquates Verhalten keine Garantenstellung begründet wird, selbst wenn das Verhalten eine Gefahr erzeugt.

Beschränkt sich – wie hier – die Gefahr darauf, daß jemand anders in einen leicht vermeidbaren Irrtum versetzt wird, spricht auch das Prinzip der Selbstverantwortung gegen eine Garantenstellung aus Ingerenz. Die Gefahr für das Vermögen des Getränkemarktinhabers wurde hier letztlich durch das nachlässige Verhalten der M erzeugt, die es unterlassen hat, sich über die Eigentumsverhältnisse an den beiden Getränkekästen zu erkundigen, bevor sie den Leergut-Bon ausstellt. Dafür ist P nicht verantwortlich. Er hat nur eine Lage geschaffen, in der ein Irrtum entstehen konnte, den die M ohne große Anstrengungen hätte abwenden können. Daher obliegt dem P keine Aufklärungspflicht gegenüber M.

b) Zwischenergebnis

P hat das Merkmal „Täuschung“ nicht durch sein Unterlassen erfüllt.

2. Ergebnis

P hat sich nicht aus §§ 263 Abs. 1, 13 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

C. Das Wegtragen des Mineralwasser-Kastens

I. Diebstahl, § 242 StGB

⁹ Rengier, BT 1, § 13 Rn 12.

¹⁰ Rengier, BT 1, § 13 Rn 11.

1. Objektiver Tatbestand

a) Tatobjekt

aa) Der Kasten und die 12 leeren Flaschen sind bewegliche Sachen.

bb) Der Kasten und die 12 leeren Flaschen stehen entweder noch im Eigentum des K oder – auf Grund §§ 929, 932 BGB – im Eigentum des Inhabers des Getränkemarktes. Letzterem dürfte allerdings § 935 Abs. 1 BGB entgegenstehen. In jedem Fall sind Kasten und Flaschen für P fremd, da jemand anders als er selbst Eigentümer ist.

b) Tathandlung

P müsste den Kasten und die Flaschen einem anderen weggenommen haben.

Dazu müsste fremden Gewahrsam gebrochen haben.

Nach dem zu B I 1 b gesagten war der Gewahrsam von K auf den Getränkemarkt übergegangen. Neuer Gewahrsamsinhaber war also M bzw. der Inhaber des Getränkemarktes. Daran änderte sich durch die Handlung des P nichts. Das Wegtragen des Kastens vom Tresen zu dem Stapel erfolgte innerhalb der Herrschaftssphäre „Getränkemarkt“. Da P den Kasten nicht aus dieser Sphäre herausgetragen hat, bleibt der Gewahrsam des Getränkemarktes bestehen. Insofern liegt also kein Gewahrsamsbruch vor.

P hat Kasten und Flaschen nicht weggenommen.

.2. Ergebnis

P hat sich nicht aus § 242 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

II. Unterschlagung, § 246 StGB

1. Objektiver Tatbestand

a) Tatobjekt

Der Kasten mit den leeren Mineralwasserflaschen gehört dem K. Der Kasten und die Flaschen sind daher für P fremde bewegliche Sachen.

b) Tathandlung

P müsste Kasten und Flaschen sich oder einem Dritten zugeeignet haben. Das Wegtragen und Stapeln des Kastens ist eine Handlung, mit der der Getränkemarktinhaber als Eigentümer anerkannt wird. Zugleich wird damit das

Eigentum anderer Personen an diesen Sachen negiert. Daher könnte man diese Handlungen des P als Drittzueignung qualifizieren.

Problematisch ist jedoch, daß P den Kasten und die Flaschen dem Getränkemarktinhaber schon vorher – durch das Annehmen des Leergut-Bons – zugeeignet hat. Es stellt sich daher die Frage, ob eine nochmalige Zueignung derselben Sachen – **Wiederholung der Zueignung** – überhaupt möglich ist.

Die h. M. verneint dies¹¹. Zueignung sei die Verschiebung der Sache aus der Sphäre des bisherigen Eigentümers in die Sphäre eines anderen, der sich wie ein Eigentümer geriert (eigennützige Zueignung) bzw. der vom Täter wie ein Eigentümer der Sachen behandelt wird (Drittzueignung). Sobald diese Verschiebung stattgefunden hat, kann die Sache nicht noch einmal über dieselbe Strecke verschoben werden.

Wer dieser Meinung folgt, kommt zu dem Ergebnis, daß sich P nicht aus § 246 Abs. 1 StGB strafbar gemacht hat, weil er den objektiven Tatbestand nicht erfüllt hat.

Eine Gegenmeinung hält die Wiederholung der Zueignung für möglich und behandelt die Konstellation der wiederholten Zueignung als Fall der Gesetzeskonkurrenz¹².

2. Subjektiver Tatbestand

P hat vorsätzlich gehandelt, § 15 StGB.

3. Rechtswidrigkeit

Die Tat war rechtswidrig.

4. Schuld

P hat schuldhaft gehandelt.

5. Ergebnis

Nach h. M. hat sich P nicht aus § 246 Abs. 1 StGB strafbar gemacht, weil er den objektiven Tatbestand nicht erfüllt hat. Nach der Gegenmeinung hat P zwar die Strafbarkeitsvoraussetzungen des § 246 Abs. 1 StGB erfüllt. Die zweite Unterschlagung tritt aber hinter der ersten bzw. hinter dem Diebstahl, hinter dem die erste Unterschlagung zurücktritt, zurück.

¹¹ Rengier, BT 1, § 5 Rn 22.

¹² Wessels/Hillenkamp, BT 2, Rn 301.

D. Das Abstellen des anderen Mineralwasser- kastens auf dem Tresen

I. Diebstahl, § 242 StGB

1. Objektiver Tatbestand

a) Tatobjekt

Der Kasten und die leeren Flaschen gehören dem Getränkemarktinhaber. Also sind es für P fremde bewegliche Sachen.

b) Tathandlung

P müßte Kasten und Flaschen einem anderen weggenommen haben.

aa) Gewahrsam

Kasten und Flaschen standen im Gewahrsam des Getränkemarktinhabers.

bb) Bruch des Gewahrsams

Indem P den Kasten auf den Tresen gestellt hat, hat er am Gewahrsam des Getränkemarktinhabers nichts geändert. Dieser Gewahrsam wurde jedoch in dem Moment aufgehoben, als K an den Tresen herantrat und dabei glaubte, es handele sich um seinen Kasten. Der Herrschaftswille des K erstreckte sich von da an auf diesen Kasten. Damit wurde der Gewahrsam des Getränkemarktinhabers ohne dessen Einverständnis aufgehoben. Da K gutgläubig war und P diese Gutgläubigkeit ausnutzte, war K Werkzeug des P. P hat den Gewahrsamsbruch in mittelbarer Täterschaft begangen, § 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB.

cc) Begründung neuen Gewahrsams

Als K an den Tresen herantrat und den dort von P hingestellten Kasten als seinen Kasten betrachtete, begründete er Gewahrsam an dem Kasten und den Flaschen. Auch dies hat P als mittelbarer Täter bewirkt. Daß P nicht eigenen Gewahrsam begründet hat, steht einer täterschaftlichen Wegnahme nicht entgegen.

P hat also dem Getränkemarktinhaber den Kasten mit den leeren Mineralwasserflaschen weggenommen.

2. Subjektiver Tatbestand

a) Vorsatz

P handelte vorsätzlich, § 15 StGB.

b) Zueignungsabsicht

Fraglich ist, ob P den Vorsatz hatte, den Getränkemarktinhaber dauernd zu enteignen. Denn er ging davon aus, daß der Getränkemarktinhaber den Kasten sogleich von K übergeben und „übereignet“ bekäme. Dann befände sich der Getränkemarktinhaber wieder in der Eigentümerposition wie vor der Wegnahme.

aa) Substanztheorie

Allerdings sollte der Getränkemarktinhaber den Kasten und die Flaschen nur gegen Entgelt (3,30 Euro) erhalten. Deshalb würde die Wegnahme dem Getränkemarktinhaber einen dauerhaften Verlust dieses Betrages zufügen. Wenn also dieser Geldbetrag Zueignungsobjekt ist, dann wäre auch eine dauernde Enteignung gegeben. Zueignungsobjekt sind aber - nach der Substanztheorie - der Kasten und die 12 leeren Flaschen. Die 3,30 Euro hat P dem Getränkemarktinhaber nicht weggenommen, also ist dieses Geld auch nicht Zueignungsobjekt.

bb) Sachwerttheorie

Anders wäre es nur, wenn man der Sachwerttheorie folgte und der Geldbetrag der Sachwert des Kastens und der Flaschen wäre. Die 3,30 Euro sind aber kein dem Kasten und den Flaschen immanenter spezifischer Sachwert¹³. Dieser Betrag ist vielmehr der Kaufpreis, den der Getränkemarkt dem Kunden für die Rückgabe des Leergutes zahlt. Der Wert der Flaschen und des Kastens ändert sich durch diese Zahlung nicht. Diesen Sachen wird also kein spezifischer Sachwert entzogen, wenn die 3,30 Euro gezahlt werden. Sachwert ist nur das *lucrum ex re*, nicht das *lucrum ex negotiatione cum re*¹⁴.

Mit der Sachwerttheorie kommt man also auch nicht zu einem Enteignungsvorsatz.

Also hat P ohne Zueignungsabsicht gehandelt.

3. Ergebnis

P hat sich nicht aus § 242 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

II. Unterschlagung, § 246 StGB

1. Objektiver Tatbestand

¹³ Rengier, BT 1, § 2 Rn 47 ff.

¹⁴ A. A. Wessels/Hillenkamp, BT 2, Rn 159; Rengier, BT 1, § 2 Rn 62.

a) Tatobjekt

Der Kasten und die darin befindlichen leeren Flaschen sind Eigentum des Getränkemarktinhabers. Also sind dies für P fremde bewegliche Sachen.

b) Tathandlung

P müßte diese Sachen sich oder einem Dritten zugeeignet haben.

Sich selbst hat P die Sachen nicht zugeeignet.

In Betracht käme eine Drittzueignung zugunsten des K.

Wie oben bei § 242 StGB gesehen, sollte aber der Getränkemarktinhaber nicht endgültig enteignet werden. Er sollte ja den Kasten – von K – zurückbekommen, wengleich gegen Zahlung der 3, 30 Euro. Damit würde dem Getränkemarktinhaber aber weder die Sachsubstanz noch der Sachwert auf Dauer entzogen. Also fehlt es an einer dauernden Enteignung.

2. Ergebnis

P hat sich nicht aus § 246 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

III. Betrug, § 263 StGB

1. Objektiver Tatbestand

a) Täuschung

K hat gegenüber M konkludent erklärt, daß ihm der Kasten mit den 12 leeren Mineralwasserflaschen gehöre. Diese Erklärung ist falsch, weil Eigentümer des Kastens und der leeren Flaschen der Getränkemarktinhaber ist. Also hat diese unwahre Äußerung den Charakter einer Täuschung.

P hat den K dazu gebracht, diese Erklärung abzugeben, indem er den Kasten auf den Tresen stellte, so daß K annehmen mußte, es handele sich um den Kasten, den K kurz zuvor selbst auf den Tresen gestellt hatte. K war hinsichtlich der Unrichtigkeit seiner gegenüber M abgegebenen Erklärung gutgläubig. K hatte keinen Täuschungsvorsatz, § 16 Abs. 1 S. 1 StGB. Also ist K ein unvorsätzlich handelndes Werkzeug des P iSd § 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB.

P hat den K zu seinem Werkzeug gemacht. Daher ist P mittelbarer Täter. Folglich wird ihm die Täuschung des K zugerechnet.

P hat als mittelbarer Täter eine Täuschung begangen.

b) Irrtum

M hat geglaubt, der Mineralwasserkasten, der vor K auf dem Tresen stand, sei noch Eigentum des K. Also befand sich M in einem Irrtum. Diesen Irrtum hat P durch seine mittelbar-täterschaftlich begangene Täuschung erregt.

c) Vermögensverfügung

Indem M dem K einen Leergut-Bon aushändigte, auf dem ihm für den Mineralwasserkasten 3,30 Euro gutgeschrieben werden, verfügte M über das Vermögen des Getränkemarktinhabers. Da die Voraussetzungen eines Dreiecksbetrugs vorliegen (s. o.), wird dem Getränkemarktinhaber diese Vermögensverfügung zugerechnet.

d) Vermögensschaden

Schon durch die Aushändigung des Leergut-Bons wurde das Vermögen des Getränkemarktinhabers konkret gefährdet. Endgültig geschädigt wurde das Vermögen des Getränkemarktinhabers, als der Betrag von 3,30 Euro dem K auf den Kaufpreis angerechnet wurde.

2. Subjektiver Tatbestand

a) Vorsatz

P handelte vorsätzlich, § 15 StGB.

b) Bereicherungsabsicht

P handelte mit der Absicht, das Vermögen des K zu mehren. Er wußte, daß K gegen den Getränkemarkt keinen Anspruch hatte, für diesen Kasten Mineralwasserflaschen 3,30 Euro gutgeschrieben zu bekommen. Also wußte P, daß diese Bereicherung des K rechtswidrig ist. Außerdem wußte P, daß diese Bereicherung mit dem Vermögensschaden des Getränkemarktinhabers stoffgleich ist.

3. Rechtswidrigkeit

Die Tat war rechtswidrig.

4. Schuld

P handelte schuldhaft.

5. Ergebnis

P hat sich wegen Betruges aus § 263 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

E. Einlösen des Leergut-Bons durch P

Betrug, § 263 StGB

1. Objektiver Tatbestand

a) Täuschung

Fraglich ist, ob die Vorlage des Leergut-Bons eine Täuschung ist. Dann müßte dieser Akt eine Erklärung über Tatsachen enthalten. Diese Erklärung müßte unwahr sein.

Diese Voraussetzungen wären erfüllt, wenn man in der Vorlage des Leergut-Bons die abgekürzte Erklärung

„Ich habe eine Kasten mit leeren Mineralwasserflaschen zurückgebracht. Ich war Eigentümer des Kastens und habe daher zu Recht diese Gutschrift erhalten“

sähe.

Ein solcher Erklärungsinhalt ist aber zweifelhaft, weil es gerade Sinn des Leergut-Bon-Verfahrens ist, beim Bezahlvorgang an der Kasse solche umständlichen Erklärungen und vor allem die Überprüfung ihres Wahrheitsgehalts durch die M zu vermeiden. Daher wird man eine Täuschung eher verneinen müssen.

b) Irrtum

Selbst wenn der Vorlage des Leergut-Bons ein solcher Aussagegehalt zugeschrieben werden könnte, würde es an einem Irrtum der M fehlen. Diese macht sich nämlich an der Kasse keine Gedanken mehr darüber, wie der Kunde den vorgelegten Leergut-Bon erworben hat. Insbesondere macht sie sich keine Gedanken darüber, ob der Kunde einen Mineralwasserkasten zurückgegeben hat, der ihm auch gehörte. Es ist gerade Sinn des Leergut-Bon-Verfahrens, daß sich die M an der Kasse solche Gedanken nicht mehr machen muß. Ein Irrtum ist daher zu verneinen.

2. Ergebnis

P hat sich nicht wegen Betruges strafbar gemacht.

F. Einlösen des Leergut-Bons durch K

Betrug in mittelbarer Täterschaft, §§ 263, 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB

1. Objektiver Tatbestand

Wie oben bei E. festgestellt, fehlt es schon an einer Täuschung, jedenfalls aber an einem Irrtum der M. P hat daher den objektiven Tatbestand des Betruges nicht erfüllt. Daher hat sich P nicht wegen mittelbar-täterschaftlichen Betruges strafbar gemacht.

2. Ergebnis

P hat sich nicht aus § 263 StGB strafbar gemacht.

E N D E

