Examensklausur 3[1]: Festnahme eines vermeintlichen Täters

Schwerpunkte

- Delikte gegen die Person
- Vermögensdelikte
- Rechtfertigung
- Irrtumsfragen
- Entschuldigung

Sachverhalt

A entdeckte bei seinem Einkauf in der Lebensmittelabteilung der K-AG eine Flasche Champagner der Marke »Heidsieck«, die mit einem Preisetikett von Euro 10,98 versehen war. Dem A war sofort klar, dass dieser Preis nicht stimmen konnte, weil Champagner dieser Art üblicherweise mehr als das Doppelte kostet. Er nahm deshalb die Flasche in die Hand und besah sie von allen Seiten. Nachdem er festgestellt hatte, dass kein weiteres Preisetikett aufgeklebt war, legte er den Champagner in seinen Einkaufskorb und begab sich zur Kasse. Der Kassiererin fiel die falsche Bezeichnung nicht auf. Sie tippte den Betrag von Euro 10,98 in die Kasse und händigte dem A, nachdem dieser bezahlt hatte, die Flasche aus.

Als A die Lebensmittelabteilung gerade verlassen wollte, trat der Kaufhausdetektiv D auf ihn zu. Dem D war aufgefallen, dass sich A längere Zeit mit der Flasche beschäftigt hatte. Was im Einzelnen dabei geschehen war, konnte D allerdings nicht erkennen, weil ihm A während des Vorgangs den Rücken zugewandt hatte. Als D dann aber feststellen musste, dass A an der Kasse einen viel zu geringen Kaufpreis bezahlte, verstärkte sich sein Verdacht, A könnte das Preisschild ausgewechselt haben. Sicher war sich D freilich nicht. Er hielt es genauso für möglich, dass die Ware – wie schon häufiger geschehen – von einem Angestellten der K-AG versehentlich falsch ausgezeichnet worden war. D wies den A deshalb darauf hin, dass er einen viel zu geringen Kaufpreis bezahlt habe. Er fordert A sodann auf, zur Klärung dieser Angelegenheit mit in sein Büro zu kommen. A lehnte dies kategorisch ab. Als D den A am Verlassen der Lebensmittelabteilung hindern wollte, kam es zu einem Handgemenge, in dessen Verlauf sowohl D als auch A leicht verletzt wurden. Dem D gelang es schließlich, den A zu überwältigen und unter Anwendung des Polizeigriffs in sein Büro zu bringen. Da A sich weigerte, seine Personalien zu nennen, hielt ihn D dort bis zum Eintreffen der von ihm daraufhin herbeigerufenen Polizei fest.

Wie haben sich A und D strafbar gemacht? Etwa erforderliche Strafanträge sind gestellt.

1 Der Fall geht auf eine von Prof. Dr. Björn Burkhardt, Universität Mannheim, entworfene Examensklausur im baden-württembergischen Staatsexamen zurück. Ich danke Herrn Kollegen Burkhardt herzlich für seine Bereitschaft, mir den lehrreichen, freilich auch zT sehr schwierigen Fall für diese Veröffentlichung zu überlassen. Im vorliegenden Zusammenhang verzichtet wurde auf die Wiedergabe und Behandlung einer strafprozessualen Zusatzfrage.

Lösung

I. Strafbarkeit des A wegen des Erwerbs der Champagnerflasche

§ 263

1 **a)** *Täuschung* durch *positives Tun*? – A hat nicht ausdrücklich getäuscht. Aber auch eine konkludente Erklärung über die Richtigkeit der von den Angestellten vorgenommenen Preisauszeichnung ist zu verneinen, da es nicht Sache des Käufers ist, Erklärungen über den richtigen Kaufpreis abzugeben und die Kassiererin grundsätzlich auch gar nicht auf eine Preisangabe des Käufers vertrauen würde. A hat allenfalls (konkludent) erklärt, dass er das Etikett nicht ausgetauscht hat, und das ist richtig.

b) *Täuschung durch Unterlassen*, § 13? – Eine Pflicht zur Aufklärung über den Irrtum der Kassiererin ergibt sich weder aus dem Kaufvertrag noch (vorliegend) aus den Grundsätzen von Treu und Glauben (§ 242 BGB). Denn für die Annahme einer Pflicht aus Treu und Glauben (deren Berechtigung ohnehin von manchen überhaupt bestritten wird)[2] sind nach hM besondere Umstände erforderlich – wie beispielsweise länger dauernde Geschäftsbeziehungen, Eintritt eines besonders hohen Schadens bei Unterlassung eines bestimmten Hinweises, Beziehungen oder Verhältnisse, bei denen man sich auf die besondere Sachkunde des anderen verlässt usw.[3] – Solche besonderen Umstände sind im vorliegenden Fall nicht ersichtlich.

II. Strafbarkeit des D

1. § 239 I

2 **a)** Die Hinderung des A am Verlassen des Kaufhauses und das Festhalten bis zum Eintreffen der Polizei erfüllen den objektiven Tatbestand unproblematisch. D hat auch mit Vorsatz hinsichtlich der objektiven Tatbestandsmerkmale gehandelt.

b) Das Verhalten des D könnte freilich gerechtfertigt sein.

aa) In Betracht kommt zunächst eine Rechtfertigung nach § 32 in Gestalt einer **Nothilfe** des D gegenüber der K-AG. Erforderlich wäre dafür eine Nothilfelage, dh ein gegenwärtiger rechtswidriger Angriff des A auf das Vermögen der K-AG.

(1) Nach hM kommt es insoweit ausschließlich auf die objektive Sachlage im Tatzeitpunkt an. Hier liegt tatsächlich weder eine Straftat noch ein sonstiges rechtswidriges Verhalten des A in Bezug auf die Flasche vor. Forderungsrechte und deren etwaige Gefährdung (durch Verlassen des Kaufhauses) reichen für § 32 von vornherein nicht, insoweit bildet § 229 BGB (dazu unten cc) eine abschließende Sonderregelung (vgl. → § 4 Rn. 26, 150).

2 Vgl. die Nachw. bei Schönke/Schröder/*Perron* § 263 Rn. 23.
3 Dazu etwa BGHSt 39, 392 (398 ff.) = NJW 1994, 950; *Fischer* § 263 Rn. 51 mwN; Wessels/Hillenkamp/*Schuhr* StrafR BT II Rn. 505 ff.

(2) Im Ansatz anders soll nach einem Teil der Literatur für den »gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff« eine objektive ex-ante-Betrachtung maßgeblich sein.[4] Freilich muss sich auch nach dieser Auffassung die Gesamtsituation aus der Sicht ex ante vernünftigerweise nicht anders denn als rechtswidriger Angriff verstehen lassen und dieser Anschein dem vermeintlichen Angreifer so zurechenbar sein, dass dieser die Gegenwehr dulden muss.[5] Die bloße Möglichkeit eines Angriffs genügt auch nach dieser Ansicht nicht. So liegt es aber hier: Nach den Umständen (schon bisher waren wiederholt Fehlauszeichnungen vorgekommen) war es – wie D sogar selbst wusste – ernsthaft möglich, dass keine Straftat des A vorlag, sondern die Flasche nur falsch ausgezeichnet worden war.

bb) In Betracht kommt weiter eine Rechtfertigung durch ein **Festnahmerecht**, § 127 I StPO. Aber ist A »auf frischer Tat betroffen worden«? – Die Auslegung dieses Erfordernisses ist umstritten.[6] **3**

(1) Nach der Ansicht eines Teils der Rechtsprechung und Literatur muss die Straftat dafür wirklich begangen worden sein.[7] Danach entfällt vorliegend schon deshalb eine Rechtfertigung nach § 127 I StPO.

(2) Nach der Gegenposition soll ein objektiv begründeter dringender Tatverdacht zwar ausreichen.[8] Hier besteht jedoch auch kein *dringender* Tatverdacht,[9] da D den A nur unzureichend beobachten konnte und ihm zudem häufigere Auszeichnungsfehler bekannt waren.

cc) Denkbar erscheint ferner eine Rechtfertigung über die Vorschriften der **Selbsthilfe**, § 229 BGB. **4**

Nach hM rechtfertigt § 229 die Durchsetzung oder Sicherung nur solcher Ansprüche (Legaldefinition in § 194 BGB), die im Tatzeitpunkt tatsächlich bestehen und gerichtlich durchsetzbar sind.[10] Fraglich ist, ob ein solcher Anspruch der K-AG gegen A besteht.

(1) Ein etwaiger Anspruch der K-AG aus § 823 II BGB iVm § 263 StGB scheidet mangels Täuschungshandlung des A (oben I.) aus.

(2) Ein Bereicherungsanspruch gemäß § 812 I BGB würde vorliegen, wenn D in Vertretung der K-AG (vor seiner Tat) von einem dieser zustehenden *Anfechtungsrecht* Gebrauch gemacht und deshalb ein Anspruch auf Rückabwicklung bestanden hätte.

(a) Ob die K-AG ein *Anfechtungsrecht besitzt*, hängt von der rechtlichen Qualifikation der Ausstellung von Ware in Selbstbedienungsläden ab.

---

4 *Frisch*, Vorsatz und Risiko, 1983, 424, 429; *Rudolphi* GS Schröder, 1978, 73 (81); *Herzberg* JZ 1987, 539 f.; *Freund/Rostalski* StrafR AT § 3 Rn. 103 iVm 10 ff.; Überblick über den Meinungsstand bei *Jakobs* StrafR AT Abschn. 11 Rn. 7 ff.

5 Vgl. *Frisch* Vorsatz 428.

6 Guter Überblick über den Meinungsstand bei *Kühl* StrafR AT § 9 Rn. 83 ff.

7 OLG Hamm NJW 1977, 590 f.; *Kühl* StrafR AT § 9 Rn. 86; Schönke/Schröder/*Sternberg-Lieben* Vor §§ 32 ff. Rn. 81, 82 mwN; *Satzger* JURA 2009, 107 (110).

8 BGH NJW 1981, 745; BayObLG JR 1987, 344 f.; OLG Hamm NStZ 1998, 370; LR/*Hilger*, 26. Aufl. 2007, § 127 Rn. 9 f. mwN; offen gelassen in BGHSt 45, 378 (380) = NJW 2000, 1348 und OLG Celle StV 2016, 295.

9 Zum Begriff vgl. Meyer-Goßner/Schmitt/*Schmitt* StPO § 112 Rn. 5 ff.

10 Vgl. Palandt/*Ellenberger*, Bürgerliches Gesetzbuch, 80. Aufl. 2021, BGB § 229 Rn. 2.

- Nach wohl hM[11] handelt es sich insoweit um eine invitatio ad offerendum; die eigentliche rechtsgeschäftliche Erklärung gibt erst die Kassiererin (aufgrund der Preisauszeichnung) ab. Dementsprechend liegt dann auch nur ein unbeachtlicher (zur Anfechtung nicht berechtigender) Motivirrtum der Kassiererin über den Preis vor.
- Die Gegenauffassung[12] sieht schon in der Ausstellung der ausgepreisten Ware ein Angebot zum Abschluss von Kaufverträgen. Auf dieser Grundlage wäre die Falschauszeichnung als Irrtum in der Erklärungshandlung nach § 119 I Alt. 2 BGB anfechtbar.

(b) D müsste weiter aber auch bei Zugrundelegung dieser zweiten Auffassung eine Anfechtungserklärung abgegeben haben. Ausdrücklich ist dies nicht geschehen, aber möglicherweise konkludent.

- Dagegen spricht indessen, dass es an sich nicht Aufgabe eines Kaufhausdetektivs ist, *Anfechtungserklärungen abzugeben*. D wollte wohl – seiner eigentlichen Aufgabe gemäß – lediglich den Verdacht einer strafbaren Handlung aufklären und etwa bestehende Ansprüche sichern.
- Außerdem dürfte er – seiner begrenzten Funktion entsprechend – wohl auch *keine Vertretungsmacht* besessen haben. Damit ist auch ein (als Grundlage der Selbsthilfe an sich taugender) Anspruch aus § 812 BGB nicht begründbar.

(3) In Betracht kommt schließlich noch ein *Aufklärungsanspruch*, der mit Betreten eines Lebensmittelladens *stillschweigend vereinbart* worden sein könnte[13] und durch D durchgesetzt würde.

- Ein solcher Anspruch ist zwar erwägenswert, aber doch zweifelhaft; es besteht die Gefahr einer bloßen Fiktion, wenn er ohne weitere Anhaltspunkte (wie zB entsprechende Hinweisschilder im Kaufhaus), an denen es im vorliegenden Fall fehlt, angenommen wird.
- Aber selbst wenn man einen solchen Anspruch grundsätzlich bejahte, wäre für die von D vorgenommenen massiven Aufklärungsmaßnahmen doch – ähnlich wie im Falle des insoweit eine Vorwertung enthaltenden Festnahmerechts nach § 127 I StPO – der berechtigte *dringende* Verdacht einer Straftat erforderlich, an dem es hier ebenfalls fehlt.

(4) Stellt man entgegen der hM auch für das Selbsthilferecht auf eine objektive ex-ante-Betrachtung ab, so ist wiederum zumindest eine überwiegende Wahrscheinlichkeit für das Bestehen eines Anspruchs zu fordern,[14] an der es im vorliegenden Fall ebenfalls fehlt.

5 **dd)** Als Rechtfertigungsgrund in Betracht kommt endlich auch noch **rechtfertigender Notstand**, § 34.

(1) Erforderlich wäre danach eine gegenwärtige Gefahr für ein notstandsfähiges Rechtsgut.

---

11 MüKoBGB/*Busche*, 9. Aufl. 2021, § 145 Rn. 12 mwN.
12 ZB Palandt/*Ellenberger* § 145 Rn. 8.
13 So *Schlüchter* JR 1987, 309 (311).
14 *Frisch* Vorsatz 436 f.

(a) Notstandsfähiges *Rechtsgut* iSd § 34 ist jedes rechtlich geschützte Interesse – also auch das Vermögen der K-AG.

(b) Ob für das Vermögen der K-AG eine gegenwärtige *Gefahr* besteht, ist bei § 34 auch nach hM im Wege einer objektiven nachträglichen Prognose[15] zu beurteilen. Umstritten ist jedoch der Bezugspunkt dieser Prognose:

- Ein Teil der Literatur beschränkt die Prognose auf die *künftige Entwicklung*; der gefahrbegründende Sachverhalt muss danach tatsächlich vorliegen.[16] § 34 würde damit nicht eingreifen; denn hier liegt ein gefahrbegründender Sachverhalt (in Gestalt des Austausches der Preisschilder) nicht vor, vielmehr nimmt D einen solchen Sachverhalt nur irrtümlich an (da A an der Auszeichnung nichts verändert hat).
- Eine starke Gegenauffassung plädiert dagegen für eine objektive ex-ante-Betrachtung auch hinsichtlich des gefahrbegründenden Sachverhalts;[17] zumindest soweit dieser nicht aufklärbar ist.[18] Diese Auffassung beruft sich auf Erkenntnisgrenzen auch hinsichtlich des gefahrbegründenden Sachverhalts; zudem sei eine klare Unterscheidung zwischen Prognose und deren tatsächlicher Basis kaum möglich. Folgt man dem und berücksichtigt man zugleich die Intensität der Gefahr erst im Rahmen der Interessenabwägung,[19] so ist damit eine Notstandslage gegeben. Denn aus der Sicht ex ante erscheint es möglich, dass A die Preisschilder ausgetauscht hat und dass es damit zu einem Vermögensverlust der K-AG kommt, wenn es ihm gelingt, das Kaufhaus zu verlassen (anders ist es, wenn man die Intensität der Gefahr schon in die Bestimmung der für die Rechtfertigung nach § 34 ausreichenden Gefahr einbezieht:[20] dann lässt sich wegen der ernsthaften Möglichkeit einer Falschauszeichnung uU schon eine für die Legitimation von Notstandsmaßnahmen ausreichende Gefahr verneinen).

(2) Bejaht man mit einem Teil der Literatur (s. vorstehend) eine Notstandslage, so ist auch eine ausreichende Notstandshandlung unter den Aspekten der Geeignetheit und der Erforderlichkeit der von D vorgenommenen Handlungen zur Gefahrenabwehr gegeben.

(3) Problematisch ist aber auch dann noch, ob die zusätzlich geforderte *Interessenabwägung* zu dem für eine Rechtfertigung erforderlichen Überwiegen des zu rettenden Interesses führt. Maßgeblich ist insoweit unter anderem die Wertigkeit der betroffenen Güter und der Grad der diesen drohenden Gefahren. Im vorliegenden Fall handelt es sich zwar um keine schwerwiegende Freiheitsbeeinträchtigung, aber der auf der Gegenseite drohende Vermögensverlust ist nur geringfügig und nicht einmal überwiegend wahrscheinlich (genauso wahrscheinlich ist es vielmehr, dass A sich nur mit einem unanfechtbar erworbenen Gegenstand entfernen will). Die Anscheinsgefahr ist darüber hinaus noch nicht einmal durch pflichtwidriges Verhalten des A hervorgerufen, sie stammt vielmehr (objektiv) aus dem Risikobereich der K-AG (für

15 Lackner/Kühl/*Kühl* § 34 Rn. 2.
16 Schönke/Schröder/*Perron* § 34 Rn. 13.
17 Vgl. *Jakobs* StrafR AT Abschn. 11 Rn. 12; *Wessels/Beulke/Satzger* StrafR AT Rn. 463; *Frisch* Vorsatz 421 ff.; *Schaffstein* FS Bruns, 1978, 89 (97 ff.).
18 LK/*Hirsch*, 11. Aufl. 2003, § 34 Rn. 27; zT anders LK/*Zieschang* § 34 Rn. 27 f. mwN.
19 So *Jakobs* StrafR AT Abschn. 11 Rn. 12 und LK/*Hirsch*, 11. Aufl. 2003, § 34 Rn. 27.
20 So *Frisch* Vorsatz 421 ff. und *Schaffstein* FS Bruns, 1978, 89 (97 ff.)

die D tätig wird). Damit ist ein wesentliches Überwiegen der von D geschützten Interessen nicht feststellbar.

D ist damit auch nicht nach § 34 gerechtfertigt. Da weitere Rechtfertigungsgründe im vorliegenden Fall nicht in Betracht kommen, ist das Handeln des D somit als rechtswidrige Freiheitsberaubung des D gegenüber A anzusehen.

c) Zu klären bleibt indessen, welche Bedeutung es für die Beurteilung des vorliegenden Falles hat, dass D in der **Vorstellung** gehandelt hat, **A könnte die Preisschilder ausgetauscht haben**.

6 **aa)** In Betracht kommen könnte insoweit ein **Erlaubnistatbestandsirrtum**, den die herrschende, aber nicht unbestrittene (→ § 5 Rn. 110 ff., 114 ff. m. Darstellung der Meinungen und wN) Meinung analog § 16 I im Sinne eines Ausschlusses des Vorsatzes, der Vorsatzschuld oder der Vorsatzbestrafung behandelt.

(1) D könnte sich in einem **Irrtum über die tatsächlichen Voraussetzungen des § 32** befunden haben, da er eine Auswechslung des Preisetiketts für möglich hielt.

(a) Das setzt voraus, dass das Auswechseln des Etiketts durch A, das D sich vorgestellt hatte, einen **rechtswidrigen Angriff** (auf das Vermögen der K-AG) gebildet hätte.

- Das Auswechseln des Etiketts (das D für möglich hielt) wäre bei (von Rechtsprechung und hM vertretener) einheitlicher Betrachtung die Verfälschung einer echten (zusammengesetzten) Urkunde,[21] § 267 I Alt. 2 gewesen (vertretbar auch: die Herstellung einer unechten Urkunde, § 267 I Alt. 1, nach vorheriger Urkundenunterdrückung hinsichtlich der Beweiseinheit Champagner/hoher Preis, § 274 I Nr. 1; für die Nachteilszufügungsabsicht wäre dabei nach hM dolus directus 2. Grades ausreichend).
- Außerdem läge (bei Richtigkeit der Annahme des D) dazu in Idealkonkurrenz zumindest ein Betrugsversuch (§§ 263, 22), wenn nicht sogar ein vollendeter Betrug,[22] an der Kasse vor.
- Das dann ebenfalls gegebene Gebrauchmachen (§ 267 I Alt. 3) bildet mit dem Verfälschen eine Tat.[23]

(b) Der vorgestellte Angriff war auch jedenfalls so lange *gegenwärtig*, wie sich A noch im Kaufhaus befand.

(c) Das Festhalten wäre auch *geeignet* und *erforderlich* gewesen, um einen rechtswidrigen Angriff auf das Vermögen der K-AG abzuwehren.

7 **(d)** Problematisch ist freilich, ob die Vorstellung des D auch im Übrigen für die Annahme eines Erlaubnistatbestandsirrtums ausreichend war, denn D hielt eine Falschauszeichnung durch Angestellte ja ebenfalls für möglich. D handelte damit in **subjektiv ungewisser Vorstellung über das Gegebensein einer Rechtfertigungslage**. Wie ein Täter bei einer solchen unsicheren Vorstellung über eine rechtfertigende Situation zu behandeln ist, betrifft systematisch die Frage nach den Anforderungen an das

21 Dazu Schönke/Schröder/*Heine/Schuster* § 267 Rn. 36a, 65a; *Rengier* StrafR BT II § 33 Rn. 26 f.
22 So OLG Düsseldorf NJW 1982, 2268.
23 Ausführlich zur Rechtslage beim Austausch von Preisschildern zB OLG Düsseldorf NJW 1982, 2268; OLG Hamm NJW 1968, 189 mAnm *Peters*; OLG Köln NJW 1973, 1807 und NJW 1979, 729 f.; *Rengier* StrafR BT II § 33 Rn. 26 f.

(dann auch für den Erlaubnistatbestandsirrtum benötigte) subjektive Rechtfertigungselement. Diese Frage ist bisher nicht abschließend geklärt.

- Von manchen wird als für das subjektive Rechtfertigungselement ausreichend nur das sichere Wissen vom Gegebensein einer Rechtfertigungslage akzeptiert.[24] Würde man dem folgen und dies auch für einen beachtlichen Erlaubnistatbestandsirrtum fordern, so wäre ein solcher damit hier schon deshalb zu verneinen, weil D sich selbst nicht sicher war, ob ein Sachverhalt, der für die Rechtfertigung erforderlich wäre, wirklich vorliegt.
- Überwiegend werden die Voraussetzungen in Bezug auf das subjektive Rechtfertigungselement freilich nicht so hoch angesetzt. Vielmehr wird, gestützt auf die Gleichwertigkeit des Vorliegens unrechtsbegründender und des Fehlens unrechtsausschließender Umstände, wie auf der Tatbestandsseite hinsichtlich des Vorsatzes differenziert.[25] Ausreichend, aber auch erforderlich, soll danach für die subjektive Seite der Rechtfertigung sein, dass der Handelnde auf das *Gegebensein einer Rechtfertigungslage* trotz gewisser Zweifel *vertraut* hat. Nicht ausreichend für die subjektive Seite der Rechtfertigung und damit nicht ausreichend für die Annahme eines Erlaubnistatbestandsirrtums ist es demgegenüber, wenn der Handelnde von der bloßen Möglichkeit einer Rechtfertigungssituation ausgeht,[26] es aber zugleich ernsthaft für möglich hält (und sich bei seinem Handeln damit abfindet), dass es an einer Rechtfertigungslage fehlt, wenn er also hinsichtlich des Nichtgegebenseins der Rechtfertigungslage dolus eventualis hat. Der in dieser Vorstellung in fremde Rechtsgüter Eingreifende trifft ebenso eine Entscheidung gegen das Gut wie der Täter, der es – auf der Tatbestandsebene – ernsthaft für möglich hält, dass es infolge seines Handelns zu Beeinträchtigungen fremder Güter kommt (und sich damit abfindet).

Auch bei Zugrundelegung dieser Auffassung erfüllt D die Anforderungen an die subjektive Seite der Rechtfertigung nicht. Denn D hielt beide Möglichkeiten für gleich wahrscheinlich. Er hat nicht auf das Bestehen rechtfertigender Umstände vertraut; vielmehr nahm er das Risiko ihres Fehlens durchaus ernst und wollte auch für diesen Fall handeln. Die Voraussetzungen des dolus eventualis hinsichtlich des Fehlens einer Rechtfertigungssituation sind also gegeben. Damit fehlt es zugleich an einer ausreichenden Vorstellung für die Annahme eines Erlaubnistatbestandsirrtums in Bezug auf § 32.

(2) In Betracht kommt weiter ein **Irrtum über die tatsächlichen Voraussetzungen des § 127 I StPO**. **8**

(a) Fordert man für die Rechtfertigung eine *tatsächlich gegebene Straftat* im Objektiven (→ Rn. 3 [1]), so müsste sich der Täter im Subjektiven eine solche auch fest vorgestellt haben (bzw. auf ihr Gegebensein vertraut haben). Es genügt für das subjektive Rechtfertigungselement dagegen nicht, dass er eine Straftat nur für möglich erachtete und es ebenso ernsthaft für möglich hielt, dass in Wahrheit keine Straftat vorliegt.

24 So zB LK/*Rönnau* Vor § 32 Rn. 84 ff., 87.

25 Lackner/Kühl/*Kühl* StrafR AT § 17 Rn. 18; Schönke/Schröder/*Sternberg-Lieben* Vor §§ 32 ff. Rn. 14 mwN; *Frisch* Vorsatz 460 ff.; aus der Rspr. etwa BGH bei *Holtz* MDR 1978, 108 (109); krit. dazu *Erb* FS Rengier, 2018, 15 (21 ff.); *Frister* FS Rudolphi, 2004, 45 ff. m. weit. Differenzierung.

26 ISd Ausreichens auch des bloßen »Für-Möglich-Haltens« aber *Safferling* GA 2020, 70 (82, 86).

Denn bei einer solchen Sachlage nahm er in Kauf, durch sein Handeln Unrecht zu verwirklichen. Dementsprechend vermag diese Vorstellung auch keinen Erlaubnistatbestandsirrtum iSd § 127 I StPO zu begründen.

(b) Lässt man für die Rechtfertigung im Objektiven das Gegebensein von Umständen genügen, die den *dringenden Verdacht* einer Straftat des Festgenommenen begründen (vgl. die Nachw. → Rn. 3 [2]), so müsste D auch für sich von solchen für einen dringenden Tatverdacht ausreichenden Umständen ausgegangen sein. Das ist nicht der Fall. Die Umstände, die D kannte, rechtfertigten keinen dringenden Tatverdacht. In Wahrheit zog D aus den Umständen, die er kannte (unter anderem häufige Fehlauszeichnungen), falsche Schlüsse. Er ging also gerade nicht von Tatsachen aus, bei denen er so handeln durfte, wie er gehandelt hat.

9 **(3)** Entsprechendes gilt für einen etwaigen **Irrtum über die tatsächlichen Voraussetzungen des § 229 BGB**.

(a) Auch hier kann auf die allgemeinen Grundsätze bei ungewisser Rechtfertigungslage zurückgegriffen werden: D handelte hier mit dolus eventualis hinsichtlich des Nichtgegebenseins einer Rechtfertigungslage (in Gestalt eines bestehenden und zu sichernden Anspruchs), was weder für das subjektive Rechtfertigungselement noch für die Annahme eines Erlaubnistatbestandsirrtums genügt.

(b) Aber selbst dann, wenn man die Annahme überwiegender Wahrscheinlichkeit des Bestehens eines Anspruchs genügen ließe (da der in § 229 BGB vorausgesetzte Anspruch durch Arrest oder einstweilige Verfügung gesichert werden kann [arg. § 230 II, III BGB] und dafür das wahrscheinliche Bestehen des Anspruchs genügt), ändert sich am Ergebnis nichts. Denn an der Vorstellung einer überwiegenden Wahrscheinlichkeit des Bestehens eines Anspruchs fehlte es bei D ebenfalls.

10 **(4)** Es bleibt die Frage eines relevanten **Irrtums über die tatsächlichen Voraussetzungen des § 34**. Ein solcher Irrtum ist denkbar, wenn eine Gefahrenlage für das Vermögen der K-AG abgelehnt worden ist, weil in Wahrheit kein Austausch der Preisschilder stattgefunden hat (→ Rn. 5 [1]). Denn D geht ja subjektiv von einem solchen Austausch und damit einer Gefährdung aus, wenn auch nur im Sinne einer Möglichkeit. Doch genügt die Vorstellung des D auch hier den Anforderungen eines Erlaubnistatbestandsirrtums (bzw. des subjektiven Rechtfertigungselements) nicht, und zwar aus zwei Gründen:

(a) Erstens führt die *Interessenabwägung* auf der Grundlage der von D für möglich gehaltenen Sachverhalte *nicht zu einem »wesentlichen Überwiegen«* der von ihm geschützten Interessen (→ Rn. 5 [3]) – sodass auch schon auf der Grundlage der Vorstellungen des D eine Rechtfertigung ausscheidet.

(b) Und zweitens scheitert die Annahme eines Erlaubnistatbestandsirrtums auch hier wiederum daran, dass D selbst *nicht in hinreichender Intensität vom Bestehen eines Anspruchs* und damit einer Gefährdung des Vermögens der K-AG ausgeht, weil er eine Verwechslung durchaus für möglich hält und deshalb mit dolus eventualis des Nichtgegebenseins einer Rechtfertigungslage (und damit der Verwirklichung von Unrecht) handelt.

D kommt damit nach allem kein Erlaubnistatbestandsirrtum zugute.

bb) In Betracht kommt freilich auch noch ein **Verbotsirrtum**, der im Falle seiner Unvermeidbarkeit nach § 17 S. 1 die Schuld ausschließt. **11**

(1) D war von der Rechtmäßigkeit seines Tuns überzeugt, wofür nicht zuletzt das Herbeirufen der Polizei spricht. Bei Tatbegehung fehlte ihm also die Einsicht, Unrecht zu tun (§ 17 S. 1).

(2) Fraglich ist allerdings, ob dieser Irrtum **unvermeidbar** gewesen ist. Das erscheint zweifelhaft und ist im Ergebnis zu verneinen – und zwar unabhängig davon, ob man in Bezug auf die Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums die Formel der Rechtsprechung oder die Kriterien eines Teils der Literatur benutzt (zu den verschiedenen Auffassungen → § 5 Rn. 92 ff.).

D hätte bei gehöriger »Anspannung seines Gewissens«[27] erkennen können, dass ein Kunde nicht aufgrund objektiv unzureichender Verdachtsmomente festgehalten werden darf. Der Verbotsirrtum war also nach den Grundsätzen der Rechtsprechung vermeidbar.

Bei Zugrundelegung des Lösungsansatzes der Literatur (→ § 5 Rn. 94 ff.) ist entscheidend, dass D gesehen hat, dass er in fremde Rechtsgüter eingreift. Damit bestand für ihn Anlass sich zu fragen, ob und unter welchen Voraussetzungen er das darf. Auch hatte er die Obliegenheit, sich (rechtzeitig zuvor) über die für ihn in bestimmten beruflich typischen Situationen bestehenden oder nicht bestehenden Rechte zu informieren. Hätte er das getan, so hätte er gewusst, dass er bei so schwachen Verdachtsmomenten so nicht vorgehen darf, hätte also nicht geirrt. Sein Verbotsirrtum ist deshalb vermeidbar.

cc) Es bleibt die Frage, ob einer **Schuld** des D nicht noch andere **allgemeine Erwägungen entgegenstehen** können. Nach einer Literaturmeinung[28] soll in der Tat auch eine subjektiv ungewisse Rechtfertigungslage zur Entschuldigung führen können, selbst wenn hinsichtlich des Fehlens einer solchen Lage bedingter Vorsatz bestand (und ein den Vorsatz oder die Vorsatzschuld ausschließender Erlaubnistatbestandsirrtum damit – wie im vorliegenden Fall – nicht gegeben ist). **12**

Auf den Gesichtspunkt der **Unzumutbarkeit** anderen Handelns (→ § 5 Rn. 199) – hier also: des Verzichts auf die vorgenommene Handlung – kann dabei allerdings (in Anlehnung an die Wertung des § 35 I) nur zurückgegriffen werden, wenn Interessen des Handelnden selbst oder diesem eng verbundener Personen geschützt werden sollen und anders als durch die rechtlich fehlerhafte Handlung nicht geschützt werden können – woran es hier fehlt.

Der allein verbleibende Ausschluss der Vorwerfbarkeit bei einer als möglich vorgestellten sonstigen Drittgefährdung kommt allenfalls in Ausnahmefällen (zB bei drohendem Verlust wertvollster Güter) und auf der Grundlage einer die zu beurteilende Handlung als verständlich ausweisenden Abwägung in Betracht.[29] Für diese Abwägung wären wiederum die im Rahmen des § 34 dargelegten Erwägungen (Mitverantwortlich-

27 So BGHSt 2, 194 (201) = NJW 1952, 593; BGHSt 4, 1 (5) = NJW 1953, 431; BGHSt 21, 18 (22 f.) = NJW 1966, 842.

28 LK/*Baldus*, 9. Aufl. 1974, § 53 Rn. 51; *Warda* FS Welzel, 1974, 499 (514 ff.); *Warda* FS Lange, 1976, 119 (126 ff.).

29 So *Warda* FS Lange, 1976, 119 (135 f.) selbst.

keit des Kaufhauses, Hinnehmbarkeit eines relativ geringen Schadens usw) maßgeblich. Auf ihrer Basis ist ein Schuldausschluss letztlich nicht überzeugend begründbar.

D hat sich damit nach § 239 I strafbar gemacht, wobei eine Milderungsmöglichkeit gem. §§ 17 S. 2, 49 I besteht.

2. § 240

13 D hat A nicht nur am Verlassen der Lebensmittelabteilung gehindert, sondern diesen gleichzeitig mit Gewalt dazu genötigt, mit in sein Büro zu kommen; die erforderliche Verwerflichkeit der Mittel-Zweck-Relation (§ 240 II) ist mangels entsprechender Pflicht des A zum Mitgehen anzunehmen. Im Übrigen gilt das oben 1. Gesagte: also keine Rechtfertigung und auch keine Entschuldigung.

3. § 223

Die Zufügung leichter Verletzungen im Verlauf des Handgemenges erfüllt den Tatbestand des § 223; sie ist auch nicht gerechtfertigt oder entschuldigt. Der nach § 230 erforderliche Strafantrag ist laut Sachverhalt gestellt.

4. Konkurrenzen

Der Nötigungszweck (Aufklärung, Ermittlung der Personalien) ging über die bloße Duldung der Freiheitsberaubung hinaus; umgekehrt kommt auch der Beeinträchtigung der Bewegungsfreiheit gegenüber der Nötigung eigenständige Bedeutung zu, womit zwischen § 239 und § 240 Idealkonkurrenz, § 52, anzunehmen ist.[30] Desgleichen besteht Idealkonkurrenz zwischen diesen beiden Vorschriften und § 223.

III. Strafbarkeit des A (Handgemenge)

§ 223

14 **a)** Der objektive Tatbestand ist nach dem Sachverhalt erfüllt; A handelte sicherlich auch vorsätzlich (zumindest mit dolus eventualis hinsichtlich einer Verletzung des D).

b) Die Rechtswidrigkeit könnte wegen **Notwehr** ausgeschlossen sein.

aa) Eine Notwehrlage bestand, da D den A gegenwärtig und rechtswidrig angegriffen hat. Nach zutreffender hM schließt ein (vermeidbarer) Verbotsirrtum des Angreifers eine Notwehrlage des Angegriffenen nicht aus.[31]

30 Schönke/Schröder/*Eisele* § 240 Rn. 41.
31 Schönke/Schröder/*Perron/Eisele* § 32 Rn. 24 mwN; aA wohl *Otto* StrafR AT § 8 Rn. 19 ff.; näher → § 4 Rn. 118 f., 180.

bb) Die Geeignetheit und die Erforderlichkeit der Verteidigungshandlung zur Abwehr des Angriffs sind unproblematisch.

cc) Es könnte aber an der Gebotenheit der Verteidigung fehlen, weil möglicherweise **sozialethische Einschränkungen des Notwehrrechts** eingreifen oder die Ausübung des Notwehrrechts hier rechtsmissbräuchlich war. Eine der bekannten Fallgruppen[32] ist dabei freilich nicht gegeben: **15**

(1) Ein unerträgliches Missverhältnis zwischen angegriffenem Rechtsgut (Fortbewegungsfreiheit) und der Beeinträchtigung der körperlichen Integrität des D durch Verteidigung besteht nicht.

(2) Ebensowenig besteht eine dem Notwehrrecht nach der Rechtsprechung uU entgegenstehende enge persönliche Beziehung (→ § 4 Rn. 198 ff.).

(3) Eher erwägenswert erscheint die Einschränkung bei provozierten oder sonst verursachten Angriffen (s. oben § 4 Fall 9). Doch sind auch die Voraussetzungen für diese Einschränkung hier nicht gegeben: Das Verhalten des A (Untersuchen der Flasche, Vorlage der Flasche an der Kasse) ist weder rechtswidrig (s. oben I.) noch sozialethisch eindeutig zu missbilligen (zu diesen Voraussetzungen → § 4 Rn. 190).

(4) Schließlich kann auch von einem Angriff eines schuldlos Handelnden (bei dem das Rechtsbewährungsprinzip an Bedeutung verliert, → § 4 Rn. 179 ff.) keine Rede sein, da D im *vermeidbaren* Verbotsirrtum und damit nicht schuldlos handelte.

Freilich sind die genannten Fallgruppen nicht unbedingt abschließend. Man könnte daher eine Einschränkung der Notwehr hier deshalb erwägen, weil dem A die falsche Preisauszeichnung und damit auch der Anlass für den ersichtlichen Irrtum des D aufgefallen waren. Für eine so begründete Einschränkung könnte sprechen, dass die Beeinträchtigung der persönlichen Freiheit des A zwar nicht unerheblich war, aber auch nicht sehr schwerwiegend, sodass Gegenwehr möglicherweise nicht unbedingt »geboten« war. Aber deshalb das Notwehrrecht völlig auszuschließen, dürfte zu weit gehen. Richtig erscheint es vielmehr anzunehmen, dass nur erhebliche Beeinträchtigungen des irrenden Angreifers als »rechtsmissbräuchlich« anzusehen wären. Dazu ist es hier nicht gekommen; A ist danach vorliegend gerechtfertigt. **16**

32 Dazu Schönke/Schröder/*Perron/Eisele* § 32 Rn. 48 ff. sowie → § 4 Rn. 179 ff.