

## **10 290 Vorlesung „Straftaten gegen das Vermögen und gegen Gemeinschaftswerte“**

Mo 10-12 wöch. UL 6, 2116 M. Heger

Mi 14-16 wöch. UL 6, 2116 M. Heger

### Terminplan

18.04.2016	Sachbeschädigung
20.04.2016	Besprechung der StPO-Klausur
25.04.2016	Diebstahl
27.04.2016	Regelbeispiele und Diebstahlsqualifikationen (siehe Diebstahl)
02.05.2016	Unterschlagung und Unbefugter Gebrauch eines Fahrzeugs
04.05.2016	Diebstahl und diebstahlsähnliche Delikte
09.05.2016	Raub, Räuberischer Diebstahl
11.05.2016	(Räuberische) Erpressung
16.05.2016	Pfingsten
18.05.2016	Raubqualifikationen
23.05.2016	Betrug und Computerbetrug, §§ 263, 263a StGB
25.05.2016	Betrug II
30.05.2016	Betrugsqualifikationen
01.06.2016	Computerbetrug
06.06.2016	Untreue
08.06.2016	Betrugs- und Untreueähnliche Delikte
13.06.2016	Erpresserischer Menschenraub, Geiselnahme
15.06.2016	Räuberischer Angriff auf Kraftfahrer
20.06.2016	Ausfall aufgrund eines wissenschaftlichen Veranstaltung
22.06.2016	Anschlussdelikte I - Begünstigung, Strafvereitelung Anschlussdelikte II - Hehlerei
27.06.2016	Aussagedelikte
29.06.2016	Urkundsdelikte
04.07.2016	Wiederholung und Vertiefung
06.07.2016	Wiederholungskomplexe - VL Strafrecht Modul II
11.07.2016	Straßenverkehrsdelikte
13.07.2016	Brandstiftungsdelikte
18./20.07.16	Amtsdelikte und Delikte gegen die öffentliche Ordnung

### Literaturhinweise (Auswahl)

Arzt/Weber/B. Heinrich/Hilgendorf, Strafrecht BT, 3. Aufl. 2015  
Eisele, Strafrecht BT I, 3. Aufl. 2014 und BT II, 3. Aufl. 2015  
Hohmann/Sander, Strafrecht BT I, 3. Aufl. 2011 und BT II, 2. Aufl. 2011  
Kindhäuser, Strafrecht BT I, 7. Aufl. 2015 und BT II, 8. Aufl. 2014  
Klaczewski, Strafrecht BT, 2016  
Krey/Hellmann/M. Heinrich, Strafrecht BT 1, 16. Aufl. 2015 und BT 2, 16. Aufl. 2012  
Küper/Zopfs, Strafrecht BT – Definitionen, 9. Aufl. 2015  
Maurach/Schroeder/Maiwald, Strafrecht BT 1, 10. Aufl. 2009 und BT 2, 10. Aufl. 2012  
Otto, Grundkurs Strafrecht – Die einzelnen Delikte, 7. Aufl. 2005  
Rengier, Strafrecht BT I, 13. Aufl. 2011 und BT II, 12. Aufl. 2011  
Wessels/Hettinger, Strafrecht BT/1, 39. Aufl. 2015  
Wessels/Hillenkamp, Strafrecht BT/2, 38. Aufl. 2015

Prüfung: Rechtswissenschaft PO 2008 / PO 2015: Modulabschlussklausur Strafrecht II (4h)

## Rechtsgutskonzept

„Das Denken vom Rechtsgut her zielt auf eine rationale Kriminalpolitik: Der Strafgesetzgeber soll seine Entscheidungen an einem klaren und gerechten Kriterium prüfen, sie mit ihm rechtfertigen und sich aus ihm kritisieren lassen; was sich auf den Schutz eines Rechtsguts nicht berufen kann, gehört nicht in ein Strafgesetzbuch.“ (Hassmer/Neumann, NK)

**Rechtsgüter sind z. B.:** „Gegebenheiten oder Zwecksetzungen, die dem Einzelnen und seiner freien Entfaltung im Rahmen eines auf dieser Zielvorstellung aufbauenden sozialen Gesamtsystems oder dem Funktionieren dieses Systems selbst nützlich sind“ (Roxin, AT).

### Abzugrenzen sind Rechtsgüter von Handlungsobjekten:

So ist die „fremde bewegliche Sache“ das gegen Diebstahl geschützte Handlungsobjekt, während das von § 242 StGB geschützte Rechtsgut abstrakt das Eigentum ist.

## Sachbeschädigung, §§ 303 ff.

### I. Systematik

§ 303 schützt das Eigentum an beweglichen oder unbeweglichen Sachen (= Rechtsgut); § 305 ist in Bezug auf Bauwerke eine Qualifikation. Weil § 306 – wiewohl im 28. BT-Abschnitt „Gemeingefährliche Straftaten“ belegen – letztlich ebenfalls das Eigentum (gegen Brandstiftung) schützt und daher wie §§ 303, 305 durch den Eigentümer selbst nicht verwirklicht werden kann, verdrängt er §§ 303, 305. Da der Hinweis auf eine „rechtswidrige“ Tatbegehung in § 303 I etc. nicht dazu führen soll, dass bei diesen Sachbeschädigungsdelikten die Rechtswidrigkeit bereits im Tatbestand geprüft werden soll, sondern vielmehr dadurch nur zum Ausdruck gebracht wird, dass es häufig eine Befugnis zu dem tatbestandsmäßigen Verhalten geben wird, wirkt die (ggf. auch mutmaßliche) Einwilligung des Eigentümers rechtfertigend. Soweit es um Eingriffe gegen Sachen geht, sind die zivilrechtlichen Notstandsregelungen der §§ 228, 904 BGB als *lex specialis* gegenüber § 34 vorrangig zu prüfen!

§ 304 schützt dagegen das allgemeine Interesse an bestimmten, namentlich kulturellen oder gemeinnützigen Gegenständen, so dass Täter auch deren Eigentümer sein kann und eine Einwilligung des Eigentümers nicht rechtfertigend wirkt, und ist deswegen keine Qualifikation zu § 303. Nach h. M. geht § 304 nach dem Grundsatz der Spezialität § 303 vor; nach a. A. soll aufgrund der unterschiedlichen Zielrichtung Tateinheit (§ 52) anzunehmen sein.

Der Versuch ist durchweg strafbar (§ 303 III etc.), doch handelt es sich bei der einfachen Sachbeschädigung sowie bei §§ 303a, b um Antragsdelikte (§ 303c). Da Graffiti gem. § 303 I nicht strafbar war, wenn sich die aufgesprühte Farbe rückstandslos und ohne Eingriff in die Oberflächensubstanz entfernen ließ, wurde 2005 nach langem Streit § 303 II n. F. eingeführt, so dass die einfache Sachbeschädigung nunmehr zwei Tatbestände umfasst.

Weil der Einbruchsdiebstahl (§ 243 I Nr. 1) typischerweise mit einer Beschädigung z. B. eines Fensters und dem unerlaubten Eindringen verbunden ist, werden §§ 303, 123 als typische Begleitdelikte trotz des bloßen Regelbeispielscharakters (= benannte Strafzumessungsregel) von § 243 (Tatbestand ist allein § 242, der nicht typischerweise ein Aufbrechen fremder Sachen etc. erfordert) konsumiert, d. h. es besteht nicht Tateinheit, sondern §§ 303, 123 treten hinter § 242 i. V. m. § 243 I Nr. 1 zurück.

### II. Die einzelnen Tatbestände

**1. § 303 I: a) Tatgegenstand** ist eine fremde bewegliche oder unbewegliche **Sache**, d. h. ein körperlicher Gegenstand grundsätzlich i. S. v. § 90 BGB. Mit der Einfügung von § 90a BGB („Tiere sind keine Sachen“) wurde fraglich, ob die Verletzung oder Tötung eines Tieres weiterhin als Sachbeschädigung strafbar sein kann. Dies wird von der ganz h. M. zu Recht bejaht, denn wegen der sog. Relativität der Rechtsbegriffe muss der Sachbegriff des Strafrechts mangels ausdrücklichen Verweises auf § 90 BGB nicht zwingend identisch zu dem des Zivilrechts sein; dafür spricht auch einerseits die Zielsetzung von § 90a BGB, den Tierschutz zu stärken, was durch eine Rücknahme des Strafrechtsschutzes konterkariert würde, sowie andererseits die Regelung der Sätze 2 und 3 von § 90a BGB, wonach grundsätzlich auf Tiere weiterhin die für Sachen geltenden

Regelungen Anwendung finden sollen, was deutlich macht, dass eine Abkehr von den strafrechtlichen Sachbeschädigungsnormen nicht intendiert war. Keine Sachen sind nur vorübergehend angelegte Loipen o. ä. (*BayObLG* 1980, 132; a. A. *Wessels/Hillenkamp* BT 2 Rn. 45).

**b) Tathandlungen** sind das **Beschädigen** oder **Zerstören**. Nicht erfasst ist damit die bloße Sachentziehung (z. B. Fliegenlassen eines Kanarienvogels), die aber u. U. gem. §§ 242, 246 strafbar sein kann. **Beschädigen** ist nach der Rspr. jede nicht ganz unerhebliche Einwirkung auf die Sache, durch die ihre stoffliche Zusammensetzung verändert oder ihre Unversehrtheit derart aufgehoben wird, dass die Brauchbarkeit für ihre Zwecke gemindert ist (*BGHSt* 13, 207). Genügen kann danach eine bloße Funktionseinbuße wie z. B. das Luftablassen aus einem Auto- oder Fahrradreifen (*BGHSt* 13, 207; *BayObLG* NJW 1987, 3271) oder Überkleben eines Verkehrsschildes (*OLG Köln* NJW 1999, 1042) oder umgekehrt das Hinzufügen einer anderen Sache (Anketten eines Stahlblocks an Bahnschienen, *BGHSt* 44, 34). Solange die Veränderung des äußeren Erscheinungsbildes weder mit einer Substanzverletzung (und sei es durch die Reinigung) noch mit einer Funktionseinbuße einhergeht (so bei Kunstwerken oder Verkehrsschild), liegt darin kein Beschädigen der Sache (jetzt aber möglicherweise § 303 II). **Zerstören** ist ein so starker Grad des Beschädigens, dass die bestimmungsgemäße Brauchbarkeit der Sache völlig aufgehoben wird.

Nur unerhebliche Beeinträchtigungen, deren Beseitigung üblicherweise unterbleibt oder ohne ins Gewicht fallenden Aufwand möglich ist, sind auszuschließen (z. B. Luftablassen aus Autoreifen an Tankstelle, *BGHSt* 13, 207: ungeschriebene materielle Bagatellklausel), weil von einer wirklichen Funktionseinbuße nicht gesprochen werden kann, wenn die Funktion (eines Autos: wegzufahren) unschwer wiederhergestellt werden kann.

**2. § 303 II (Graffiti):** Da seit *BGHSt* 29, 129 eine bloße Veränderung des äußeren Erscheinungsbildes der Sache ohne Substanz- oder Brauchbarkeitseinbuße nicht als Sachbeschädigung strafbar war, gab es v. a. für Graffiti eine Strafbarkeitslücke (vgl. *OLG Düsseldorf* NJW 1999, 1199; *KG* NJW 1999, 1120; *OLG Karlsruhe* StV 1999, 544), die 2005 durch § 303 II n. F. geschlossen wurde. Strafbar ist danach bereits das Verändern des Erscheinungsbildes; die doppelte Einschränkung auf nicht nur unerhebliche und nicht nur vorübergehende Veränderungen ist – wohl überflüssiger – Ausdruck des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes. „Unbefugt“ ist – im Unterschied zu „rechtswidrig“ in Abs. 1 – Tatbestandsmerkmal, weil eine bloße Veränderung des Erscheinungsbildes mit dem Willen des Sacheigentümers kein vertypstes Unrecht darstellt.

**3. § 305:** Gegenüber § 303 I ist sowohl der Kreis möglicher *Tatgegenstände* auf *Gebäude* (auch Rohbau), *andere Bauwerke* (z. B. nicht fertig gestellte Gebäude) etc. eingeschränkt als auch der Kreis möglicher *Tathandlungen* auf ein *teilweises oder gänzlich Zerstören*, d. h. eine so wesentliche Beschädigung, dass das Bauwerk längere Zeit für seine Zwecke teilweise oder gänzlich unbrauchbar wird.

**4. § 304 I, II:** Geschützt gegen Beschädigung oder Zerstörung werden nur die aufgezählten Gegenstände in Bezug auf ihren Zweck, etwa eine Parkbank, die den Besuchern des Parks als Sitzgelegenheit dient. Da etwa ein einzelner Polizeiwagen nicht dem *unmittelbaren Nutzen für die Öffentlichkeit* dient, ist er nicht möglicher Gegenstand einer gemeinschädlichen Sachbeschädigung (*BGHSt* 31, 185). Deswegen dürfte der § 303 II nachgebildete § 304 II völlig leer laufen, weil eine Vereitelung der zweckgemäßen Nutzung allein durch Veränderung des Erscheinungsbildes nur bei solchen Gegenständen (z. B. Denkmal) denkbar ist, bei denen sie bereits zuvor als Beschädigung qualifiziert wurde (vgl. *Kudlich*, GA 2006, 41).

**III. Fälle: (1) LG Neubrandenburg StraFo 2012, 377 (m. Bspr. Jahn, JuS 2012, 1140):** Auf einer Teilfläche eines Kartoffelackers, den sein Eigentümer für den versuchsweisen Anbau gentechnisch veränderter Kartoffeln nutzen möchte, bringen Gentechnikgegner normale Saatkartoffeln aus. Da nach dem Genehmigungsbescheid für den geplanten Freilandversuch normale und gentechnisch veränderte Kartoffeln stets strikt getrennt werden müssen, führt dies dazu, dass die Teilfläche zunächst nicht für den Versuchsanbau genutzt werden kann. Als Kartoffelacker ist sie aber weiterhin nutzbar. Strafbarkeit nach §§ 303, 240?

**(2) BGHSt 29, 129:** A klebt unerlaubt auf einen Verteilerkasten der Telekom ein Plakat und besprüht eine Hauswand mit einem Graffiti, das sich ohne Eingriff in die Sachsubstanz mit einem teuren Reinigungsmittel rückstandslos abwaschen lässt.

**(3) BGHSt 44, 34:** A hat, um einen Castortransport zu verhindern, am Schienenweg einer Eisenbahnstrecke ein Hindernis angebracht, das mit diesem fest verbunden war und nur mit erheblichem Aufwand (Ausbau der Schiene) zu entfernen war.

**(4) BGHSt 31, 185:** Nach einem Rockkonzert wirft A ein Einsatzfahrzeug der Polizei um und beschädigt es dadurch erheblich. Strafbarkeit nach §§ 303 I, 304 I, 305a I Nr. 2?

## A. Diebstahl, §§ 242 ff.

### I. Systematik

§§ 242 ff. schützen **Eigentum und Gewahrsam**; **Tatgegenstand** sind nur bewegliche Sachen. **§ 242** ist der **Grundtatbestand**, auf den sich **§ 243** als bloße **Strafzumessungsregel** für besonders schwere Fälle bezieht. §§ 244, 244a sind echte Qualifikationen. Trotz tatbestandlicher Ähnlichkeit keine Diebstahls-Qualifikation ist der Raub (§ 249)

**Strafbar ist bereits der Versuch** eines Diebstahls (§§ 242 II, 244 II; § 244a ist Verbrechen); als bloße Strafzumessungsregel kann § 243 nicht versucht werden, doch ist von der h. M. anerkannt, dass bei Vorliegen eines vollendeten Regelbeispiels (z. B. § 243 I Nr. 3 „gewerbsmäßig“) der Strafrahmen des § 243 auf den Versuch des Diebstahls (§§ 242 II, 22) anzuwenden ist (nach h. M. nicht aber bereits bei bloß „versuchten“ Regelbeispielen; anders wohl *BGHSt* 33, 370). Der Versuch beginnt mit dem unmittelbaren Ansetzen zur Wegnahme als der Tathandlung (§ 22), nicht bereits mit dem Ansetzen zu einem zeitlich davor liegenden Regelbeispiel (z. B. Einsteigen; anders *BGHSt* 33, 370).

**Antragsdelikte** sind der Haus- und Familiendiebstahl (§ 247) sowie der Diebstahl geringwertiger Sachen (§ 248a); auf diese ist regelmäßig auch nicht § 243 I (Ausnahme: Regelbeispiel Nr. 7) anzuwenden (§ 243 II).

### II. Der „einfache“ Diebstahl

#### 1. § 242 als Grundtatbestand

**a) Tatgegenstand** ist eine **fremde bewegliche Sache**, d. h. ein körperlicher Gegenstand grundsätzlich i. S. v. § 90 BGB, aber aufgrund des weiteren strafrechtlichen Sachbegriffs auch Tiere (s. zu § 303). Dabei kommt es für deren Beweglichkeit und (eigenständige) Sachqualität nicht auf die zivilrechtliche Betrachtung als Zubehör eines Grundstücks an, sondern auf die tatsächliche Beweglichkeit, so dass auch herausgebrochene Bausteine (zivilrechtlich Teil des Grundstücks) etc. Diebstahlsubjekt sein können. Keine Rolle spielt der wirtschaftliche Wert der Sache, so dass auch wertlose Gegenstände gestohlen werden können (zB wegzuwerfender Müll; nicht dagegen Rechte etc.). Keine Sachen sind Teile eines lebenden Menschen (z. B. Implantate), wohl aber entfernte Implantate (z. B. heraus gebrochene Goldzähne) sowie die Leiche und ihre Teile (hM). – Die **Fremdheit** der Sache bestimmt sich dagegen nach den **zivilrechtlichen Eigentumsregeln**. Fremd ist eine Sache, die dem Täter nicht allein gehört, so dass auch ein Diebstahl zum Nachteil des Miteigentümers oder einer Gesamthandsgemeinschaft möglich ist. Nicht fremd sind herrenlose Sachen i. S. v. §§ 959, 960 BGB (z. B. wilde Tiere; deren Aneignung ist gem. §§ 292 f. strafbar) wie auch grundsätzlich Körperteile eines Verstorbenen (anders allerdings für Leichen in der Anatomie o. ä.); für die Fremdheit kommt es auf den Zeitpunkt der Wegnahme an, so dass vor Dereliktion einer Sache durch den Eigentümer diese für den Täter fremd ist, auch wenn der Eigentümer (wie bei Abfall) nichts mehr damit anfangen kann.

**b) Tathandlung** ist die **Wegnahme**, d. h. **der Bruch fremden und die Begründung neuen, nicht unbedingt tätereigenen Gewahrsams** (= von Herrschaftswillen getragene tatsächliche Herrschaftsmacht); dabei kommt es auf die Verkehrsanschauung, nicht auf die zivilrechtliche Rechtslage an, so dass trotz der Ähnlichkeit zwischen Gewahrsam und Besitz der Erbenbesitz gem. § 857 BGB als bloße Rechtsfik-

tion mangels tatsächlicher Sachherrschaft und auch mangels Wissen des Erbens um seine Erbschaft keinen Gewahrsam (des Erben) begründet. Auch kann sogar der Dieb (als Inhaber neuen Gewahrsams) bestohlen werden. **Mit der Neubegründung des Gewahrsams ist der Diebstahl vollendet** (nicht mehr nur versucht), während eine materielle Beendigung erst mit der häufig später erfolgenden endgültigen Beutesicherung eintritt (nach der Rspr. wichtig für Beteiligung, schwere Folgen etc.). Abzugrenzen ist der Gewahrsamsbruch als Übergang des Gewahrsams auf eine andere Person von einer bloßen Gewahrsamslockerung, bei der der Gewahrsam nach der Verkehrsanschauung noch bei dem bisherigen Inhaber verbleibt und deswegen allenfalls ein versuchter Diebstahl möglich ist (z. B. probeweises Anstecken eines Rings bei einem Juwelier, der nach der Verkehrsanschauung den Gewahrsam daran behält; Gewahrsamsbruch dagegen bei dem Einstecken des Rings im Juweliergeschäft). Man unterscheidet folgende **Theorien**:

- **Kontrektionstheorie** (Berühren der fremden Sache genügt für Gewahrsamsbruch)
- **Apprehensionstheorie** (Ergreifen der Sache)
- **Ablationstheorie** (Fortschaffen der Sache)
- **Illationstheorie** (Bergen der Beute).

Regelmäßig wird heute zumeist die Apprehensionstheorie zugrunde gelegt, doch kommt es letztlich auf die Verkehrsanschauung in jeden konkreten Einzelfall an: Bis zum Bezahlen von in den Einkaufswagen gelegten Waren im Selbstbedienungsladen spricht die Verkehrsanschauung dem Ladeninhaber den Gewahrsam zu. Je nach Größe des Gegenstandes genügt teilweise die bloße Ergreifung der Sache oder deren Einstecken; sperrige Gegenstände müssen dagegen aus dem Machtbereich des Gewahrsamsinhabers weggeschafft werden.

Da für eine Wegnahme der **Bruch** fremden Gewahrsams erforderlich ist, genügt nicht der bloße Gewahrsamsübergang durch einverständlichen Erwerb der Sache. Maßgeblich ist vielmehr ein **Handeln ohne Einverständnis des Gewahrsamsinhabers**, so dass dessen (ggf. mutmaßliches) Einverständnis bereits das Vorliegen einer Wegnahme als Tathandlung entfallen lässt. Im Unterschied zur rechtfertigenden Einwilligung (z. B. bei § 223) ist ein tatbestandsausschließendes Einverständnis in seiner Wirksamkeit **unabhängig von Willensmängeln** (so auch zB bei § 123). Gibt daher der Gewahrsamsinhaber eine Sache aufgrund einer Täuschung freiwillig heraus, bleibt nur eine Strafbarkeit wegen Betrugs. Diebstahl ist dagegen anzunehmen, wenn es sich um einen sog. **Trickdiebstahl** handelt, d. h. dem Gewahrsamsinhaber nicht bewusst ist, dass er selbst einen Gegenstand dem Täter freiwillig überlässt (zB bei Herausgabe aufgrund vorgeblicher Pfändung der Sache). In der Beobachtung eines Diebstahls ohne einzugreifen liegt allerdings noch kein Einverständnis mit dem Gewahrsamsübergang. Merke: Diebstahl ist kein heimliches Delikt. Will hingegen bei der Diebesfalle der Eigentümer gerade die Ansichnahme einer Sache durch den Täter, um diesen überführen zu können, liegt wegen dieses – dem Täter allerdings unbekanntes – Einverständnisses mangels Gewahrsamsbruch obj. keine Wegnahme vor, so dass nur versuchter Diebstahl bleibt (strafbarer untauglicher Versuch).

Weil er keinen fremden Gewahrsam bricht, scheidet der alleinige Gewahrsamsinhaber als Täter eines Diebstahls aus; eignet er sich eine nur geliehene Sache zu, bleibt aber § 246. Das gilt auch bei **gestuftem Gewahrsam** für den Inhaber übergeordneten Gewahrsams; der Inhaber von nur untergeordnetem Gewahrsam kann dagegen den übergeordneten Gewahrsam brechen und deswegen einen Diebstahl begehen. Bei **gleichrangigem Mitgewahrsam** wird der des Mitinhabers gebrochen, so dass Diebstahl zu dessen Nachteil gegeben ist.

**c) Subjektiver Tatbestand:** Bzgl. aller Merkmale des obj. Tatbestandes genügt be dingter Vorsatz (§ 15), so dass ein Irrtum über das Einverständnis des Gewahrsams-

inhabers oder die Eigentumsverhältnisse an der Sache gem. § 16 den Vorsatz entfallen lässt (einen „fahrlässigen Diebstahl“ gibt es nicht, so dass § 16 I 2 hier leer läuft). Ob in der fehlerhaften zivilrechtlichen Subsumtion bei vollständiger Tatsachenkenntnis (z. B. der Täter hält sich in Unkenntnis des Abstraktionsprinzips bereits aufgrund des obligatorischen Vertrags für den Eigentümer und damit die gekaufte Sache auch vor Übergabe und Übereignung i. S. v. § 929 BGB nicht mehr für fremd) ein Tatbestands-, Verbots- oder ein für die Strafbarkeit unbeachtlicher Subsumtionsirrtum zu sehen ist, kommt auf den Einzelfall an. Hat der Täter einen fälligen und einredefreien Anspruch auf die gekaufte Sache, entfällt allerdings jedenfalls die Rechtswidrigkeit von deren eigenmächtiger Zueignung (dazu sogleich).

Dazuhin erforderlich ist die **Absicht rechtswidriger Zueignung**. Zueignen bedeutet die Sache selbst oder jedenfalls den in ihr verkörperten Sachwert unter dauerndem Ausschluss des Berechtigten einem anderen Vermögen (des Täters oder einem Dritten) einzuverleiben (BGHSt 1, 262; 16, 190); der Täter maßt sich eine eigentümerähnliche Stellung an (se ut dominum gerere).

Diese Zueignungsabsicht setzt sich aus **zwei Komponenten** zusammen,

- der **Enteignungskomponente** auf Seiten des Bestohlenen und
- der **Aneignungskomponente** beim Täter oder einem begünstigten Dritten.

Die bis 1998 erforderliche Unterscheidung zwischen einer gem. § 242 strafbaren Sichzueignungsabsicht und einer straflosen Drittzueignungsabsicht wurde mit dem 6. StRG durch die Aufnahme der Drittzueignungsabsicht in § 242 unnötig (ältere Rspr. und Lit. ist daher mit Vorsicht zu genießen; insbes. das damals gebräuchliche Institut eines sog. „absichtslos-dolosen Werkzeugs“ hat sich durch die Neufassung von § 242 I erledigt). Während die **Enteignungskomponente jedenfalls bedingten Vorsatz hinsichtlich einer dauerhaften Enteignung des Berechtigten** erfordert (daran fehlt es beim Rückführungs- oder Rückgabewille), setzt die **Aneignungskomponente Absicht (dol. dir. I) des Täters hinsichtlich einer zumindest vorübergehenden Aneignung beim Täter oder einem Dritten** voraus. Mangels angestrebter dauerhafter Enteignung ist der sog. „furtum usus“ („Gebrauchsdiebstahl“) nicht gem. § 242 zu bestrafen (bei Fahrzeugen aber § 248b). Da aber die dauerhafte Enteignung nicht beabsichtigt, sondern bloß billigend in Kauf genommen werden muss, genügt für einen Autodiebstahl die Entwendung des Pkw, um diesen nach der geplanten Spritztour irgendwo stehen zu lassen (bei Rückführungswillen § 248b).

Die **Rechtswidrigkeit der angestrebten Zueignung** (obwohl auch obj. zu prüfen, sollte sie als Teil der Zueignungsabsicht-Prüfung im subj. Tb und nicht erst in der Rechtswidrigkeitsprüfung geprüft werden) **entfällt, wenn dem Täter ein fälliger und einredefreier Anspruch auf die Sache zusteht**. Ein solcher besteht allerdings regelmäßig nur bei der Stückschuld, nicht auch bei der Gattungsschuld, weil insoweit der Schuldner ein Wahlrecht hat (§ 243 II BGB fordert nur die Leistung von Sachen mittlerer Art und Güte), das der Gläubiger (= Dieb) nicht durch die Wegnahme einer bestimmten Sache eigenmächtig umgehen kann. Achtung: Aus einem Geldzahlungsanspruch folgt als Gattungsschuld kein Anspruch auf bestimmte Geldscheine, so dass nach hM die Rechtswidrigkeit der Zueignungsabsicht bei der eigenmächtigen Ansichnahme von Geld in Höhe eines geschuldeten Betrags nicht entfällt (aA aber ebenfalls vertretbar mit der Begr., dass es sich bei Geld letztlich nur um eine Wertsummenschuld und nicht um die Schuld einzelner konkreter Sachen handelt). – Beim eigenmächtigen Geldwechseln ist an eine Rechtfertigung durch (ggf. mutmaßliche) Einwilligung zu denken, die aber bei erkennbar entgegen stehendem Willen des Eigentümers (der bestimmte Münzen behalten möchte) ausscheiden muss.

## 2. § 243 I als Strafzumessungsregel

§ 243 I ist einerseits eine schlichte Strafzumessungsregel für schwere Fälle des § 242, andererseits aber der Prototyp der heute verbreiteten Regelbeispieltechnik. Als **benannte Strafschärfungsgründe** stehen die **Regelbeispiele der § 243 I Nr. 1 – 7** in ihrer Wirkung auf die Strafzumessung grundsätzlich den Qualifikationsmerkmalen gleich (und werden in § 244a sogar zu solchen), doch werden sie durch den sog. unbenannten besonders schweren Fall zu einem unbenannten Strafschärfungsgrund erweitert und andererseits in ihrer Wirkung dadurch eingeschränkt, dass nur in der Regel, nicht aber stets die Verwirklichung eines Regelbeispiels zu einer Strafschärfung führt. Die Vereinbarkeit mit dem Analogieverbot etc. wird zwar in der Lit. diskutiert, von der Rspr. aber angenommen.

Trotz ihres Charakters als bloße Strafzumessungsregeln sind die Regelbeispiele (nicht nur bei § 243) eng verwandt mit Qualifikationsmerkmalen und deswegen auch in einer Klausur stets zu prüfen (zur Regelbeispielsmethode *Eisele*, JA 2006, 309 ff.). Da es aber um die Strafzumessung geht, sollte nach Bejahung von

- (1) Tatbestand,
- (2) Rechtswidrigkeit und
- (3) Schuld des § 242

in einem zusätzlichen **4. Gliederungsabschnitt die Strafzumessung** – allerdings nur mit Blick auf § 243 (keine Prüfung allg. Strafzumessungsregeln etwa des § 46) – geprüft werden. Dabei genügt dann eine Prüfung des (Nicht-)Vorliegens eines Regelbeispiels; ob trotz des Vorliegens eines Regelbeispiels ausnahmsweise von der regelmäßigen Strafschärfung abzusehen sein soll, ist eine Frage des Einzelfalls und setzt auch eine Würdigung der Täterpersönlichkeit voraus, so dass sie sich einem strafrechtlichen Gutachten entzieht. Grundsätzlich nicht zu prüfen ist auch das Vorliegen eines unbenannten besonders schweren Falles (Ausnahme aber, wenn dieser regelbeispielsähnlich strukturiert ist: zB Sicherungsetikett nicht zum Schutz gegen Wegnahme [dann § 243 I Nr. 2], sondern zu deren unverzüglicher Aufdeckung am Ausgang des Geschäfts [idR unbenannter besonders schwerer Fall]; „versuchtes Regelbeispiel“).

Aufgrund der Ähnlichkeit zu Qualifikationsmerkmalen müssen auch Regelbeispiele obj. gegeben und vom Vorsatz umfasst sein; ein nur „versuchtes Regelbeispiel“ (zB die vermeintlich gegen Wegnahme gesicherte Sache ist entgegen der Ansicht des Täters gar nicht gesichert) wirkt als solches nicht strafschärfend (ggf. allerdings als unbenannter besonders schwerer Fall). Auf Gewerbsmäßigkeit i. S. v. Nr. 3 ist § 28 II anzuwenden.

Bei § 243 I Nr. 1 – 6 (nicht Nr. 7) führt die Geringwertigkeit der Sache zu einer Verneinung der Regelbeispielwirkung; das gilt entsprechend auch für unbenannte besonders schwere Fälle (§ 243 II). Beim Diebstahl einer Sachgesamtheit kommt es nicht auf den Wert der einzelnen Gegenstände, sondern auf den Gesamtwert an. Die Geringwertigkeit bestimmt sich nach dem Verkehrswert zur Zeit der Tat; die Grenze liegt derzeit bei 30 – 50 € (von Bedeutung auch für das Antragserfordernis des § 248a). Bei Sachen ohne Verkehrswert (zB Diebstahl belastender Strafakten) wird z. T. Geringwertigkeit i.S. v. § 243 II generell verneint, z. T. auf das Gewicht der funktionellen Möglichkeiten, die mit der Herrschaft über solche Sachen verbunden sind, abgestellt.

## III. Diebstahlsqualifikationen

§§ 244, 244a sind echte Qualifikationen zu § 242 und daher „normal“ zu prüfen (nach Bejahung des Grundtatbestandes).

§ 244 I enthält die drei Qualifikationsmerkmale des Beisichführens einer Waffe (im technischen Sinne, aber auch Schreckschusswaffen [BGHSt 48, 197]) bzw. eines gefährlichen Werkzeugs (§ 244 I Nr. 1; bei dessen Verwendung dürfte regelmäßig §§ 249 ff. [regelmäßig als schwereres Delikt vorrangig zu prüfen] oder § 252 [hier kann Chronologie der Ereignisse für vorrangige Diebstahlsprüfung sprechen] gegeben sein) oder sonst ein Werkzeug bzw. Mittel zur Überwindung eines Widerstandes (Absicht zum Einsatz des Mittels im Bedarfsfalle), der Begehung durch ein Bandenmitglied (§ 244 I Nr. 2; Bande jetzt mind. 3 Mitglieder, doch ist nach neuerer Rspr. [BGHSt 46, 321] kein örtliches und zeitliches Zusammenwirken mehrerer Bandenmitglieder am Tatort erforderlich, wenn nur ein Bandenmitglied als Täter in irgendeiner Weise mit einem anderen Bandenmitglied [zB dem Bandenchef] zusammenwirkt; es genügt dann sogar die Wegnahme durch ein Nichtbandenmitglied) sowie den Wohnungseinbruchsdiebstahl (§ 244 I Nr. 3) als Spezialfall des Einbruchsdiebstahls als bloßes Regelbeispiel (§ 243 I Nr. 1).

§ 244a „addiert“ zum Bandendiebstahl gem. § 244 I Nr. 2 die Qualifikationsmerkmale des § 244 I Nr. 1 und 3 oder die Regelbeispiele des § 243 I Nr. 1 – 7, die dadurch im Rahmen der § 244a-Prüfung zu echten Tatbestandsmerkmalen werden und im obj. bzw. subj. Tb des schweren Bandendiebstahls zu prüfen sind.

### Grundfälle

(1) A sieht, dass O gestürzt ist, und hält ihn für bewusstlos. In Wirklichkeit ist O bei dem Sturz gestorben. Sein Erbe ist sein Sohn S. A nimmt dem vermeintlich bewusstlosen die goldene Armbanduhr ab. Strafbarkeit wegen (ggf. versuchten Diebstahls)? S bedient sich kurz vor und nach dem Tod des O, ohne allerdings davon Kenntnis zu haben, aus dessen Geldbeutel, dem er jeweils 100 € entnimmt. Diebstahl?

(2) A lässt den Kanarienvogel des O aus dem Käfig hinausfliegen, weil er Käfighaltung von Tieren ablehnt. Strafbarkeit wegen Diebstahls?

(3) Kassiererin K entnimmt der von ihr allein verantwortlich geführten Kasse 100 €, der Lagerarbeiter L bedient sich währenddessen im Supermarktlager und entnimmt diesem zwei Kästen Bier. Strafbarkeit von K und L?

(4) A entwendet das Sparbuch seiner Tante T aus deren unverschlossener Schublade und geht damit zur Bank, um unter Vorlage des Sparbuchs von diesem 1000 € abzuheben. Danach will er das Sparbuch zurücklegen. Außerdem entwendet er bei Buchhändler B ein neues Taschenbuch, das er zwei Tage später, nach Abschluss der Lektüre, in die Auslage des B zurücklegt. Strafbarkeit wegen Diebstahls?

(5) *Schirmtausch-Fall* (nach *Hettinger*, JuS 1989, L 42, 43): Unterwegs zu seiner Stammkneipe wurde A von einem heftigen Regenschauer überrascht. Als er die Kneipe erreichte, stellte er seinen Schirm in einen dafür vorgesehenen Ständer. Dort befanden sich noch mehrere andere. Nach reichlich Biergenuss verwechselte A beim Hinausgehen seinen Schirm mit einem oberflächlich diesem ähnlich sehenden, sehr viel wertvolleren Stück. Als er dies am nächsten Tag bemerkt und den Schirm zurückgeben will, ist dessen Eigentümer derart erbost, dass er A wegen Diebstahls (§ 242 StGB) anzeigen will. Mit Recht?

(6) A geht zu H&M und zieht in der Umkleide einen neuen Mantel über. Als er damit die Kasse, ohne zu bezahlen, passiert, löst das Sicherungsetikett Alarm aus. Strafbar gem. §§ 242, 243?

### Rechtsprechung

(1) *Dienstmütze* – BGHSt 19, 387: Bundeswehrsoldat B hatte seine Dienstmütze verloren. Daraufhin nahm er einem Kameraden dessen Mütze weg, um bei seinem Ausscheiden aus dem Dienst diese als die seine zurückgeben zu können und dadurch



einem Regressanspruch wegen der verlorenen Mütze zu entgehen. Strafbar wegen Diebstahls?

(2) „*Moos raus!*“ – BGHSt 17, 87: S schuldete dem A noch 20 € für eine Zechtour in der örtlichen Kneipe, die er trotz mehrmaliger Aufforderung noch nicht bezahlt hatte. Als A den S eines Tages auf der Straße traf, schrie er ihn mit „Moos raus!“ an. Als S nicht darauf nicht reagierte, zog A ihm den Geldbeutel aus der Hosentasche und entnahm diesem zwei 10 €-Scheine, die er selbst einsteckte, wobei er sagte „Jetzt sind wir quitt!“. § 242?

(3) *Regelbeispiel* – BGHSt 33, 370: A und M beabsichtigten, in eine Gaststätte einzubrechen und dort stehle wertvolle Dinge mitzunehmen. Während M versuchte, an einem aus mehreren kleineren Butzenfenstern bestehenden Seitenfenster der Gaststätte die Bleieinfassungen zu entfernen, stand A Schmiere. Nach dem Tatplan sollten mehrere Butzenscheiben entfernt werden, um durch diese Öffnung in die Gaststätte einzudringen. Zum Zeitpunkt des Erscheinens der Polizei hatte M erst von einem Fenster die Bleieinfassungen entfernt. Strafbarkeit von A und M gemäß §§ 242 II, 243 I 2 Nr. 1, 25 II, 22?

(4) *Dienstwaffe* – BGHSt 30, 44: Polizist P ließ als Mitglied einer Streifenwagenbesatzung, die an den Tatort eines Einbruchsdiebstahls gerufen worden war, an diesem einige wertvolle Gegenstände mitgehen. Er führte – entsprechend einer Dienstweisung – seine geladene und entscherte Dienstwaffe im Pistolengurt bei sich. Strafbar nach § 244 I Nr. 1a?

(5) *Taschenmesser 1* – BayObLG, NStZ-RR 2001, 202 (= *Kühl* HRR-BT Nr. 50): A entwendete bei der Firma X mehrere Kleidungs- und Schmuckstücke. Dabei führte er ein kleines zusammengeklapptes Taschenmesser in der Hosentasche mit. A wollte das Taschenmesser zwar nicht einsetzen, hielt jedoch für möglich, dass er in der konkreten Situation doch darauf zurückgreifen könnte und hatte sich damit abgefunden. Strafbarkeit wegen § 244 I Nr. 1a?

(6) *Taschenmesser 2* – BGH StV 2005, 606 (mit Anm. *Kudlich*, JA 2006, 249 f.): M, der regelmäßig Bier trank und zum Öffnen der Flaschen stets ein kleines Taschenmesser mit einem Öffner (Klingenlänge 4,5 cm) bei sich führte, sah in einem unverschlossenen Klein-Lkw, dass der Zündschlüssel steckte, stieg ein und fuhr los. Strafbarkeit wegen § 244 I Nr. 1a?

## B. Diebstahlsähnliche Delikte

### I. Systematik

Innerhalb des 19. BT-Abschnitts enthalten §§ 246, 248b, 248c gegenüber dem Diebstahl **eigenständige Tatbestände**. Während § 246 bereits die bloße Zueignung fremder Sachen auch ohne Gewahrsamsbruch erfasst und damit (anders als § 242) nur das Eigentum schützt, werden von § 248b bestimmte Formen eines bloßen *furtum usus* (Gebrauchsanmaßung) unter Strafe gestellt, bei denen die für § 242 erforderliche Zueignungsabsicht ausscheidet; § 248c erfasst als Sondertatbestand die Entziehung elektrischer Energie, deren Sachqualität umstr. war (RGSt 29, 111). Strafbar ist stets bereits der **Versuch** (§§ 246 III, 248b II, 248c II); die Antragerfordernisse der §§ 247, 248a gelten für die Unterschlagung unmittelbar, für § 248c I kraft ausdrücklicher Verweisung (Abs. 3), während §§ 248b III, 248c IV 2 stets ein Antragerfordernis vorsehen. § 246 I (nicht II) und § 248b I enthalten jeweils ausdrückliche Subsidiaritätsbestimmungen gegenüber (nach dem klaren Wortlaut allen)

Strafvorschriften mit schwerer Strafdrohung. Zwischen § 246 I und § 248b I ist angesichts gleicher Strafraumen Tateinheit möglich.

Angesichts der Spezialregelung des § 248c erübrigt sich – soweit es um die Wegnahme von elektrischer Energie geht – eine Prüfung von §§ 242, 246 und damit eine Diskussion der Sachqualität elektrischer Energie; in diesem Fall ist sofort und ausschließlich § 248c zu prüfen.

## II. Unterschlagung, § 246

§ 246 umfasst zwei Tatbestände:

- Die (einfache) Unterschlagung als Grundtatbestand (§ 246 I) und
- die sog. „veruntreuende Unterschlagung“ als Qualifikation (§ 246 II – nicht zu verwechseln mit dem Tatbestand der Untreue, § 266), für die eine Geltung der Subsidiaritätsklausel des § 246 I zweifelhaft scheint (dafür aber *Lackner/Kühl* § 246 Rn. 14 m. w. N.).

### 1. § 246 I

**Tatgegenstand** ist wie bei § 242 jede fremde bewegliche Sache; ob sie bereits in Besitz oder Gewahrsam des Täters steht – so § 246 I aF bis zum 6. StRG 1998 – ist unerheblich, so dass auch Sachen, die der Täter zu keinem Zeitpunkt in seinem Gewahrsam hat (und die er etwa als „eigene“ veräußert), erfasst sind.

**Tathandlung** ist die **Zueignung** dieser Sache, die hier – anders als bei § 242 – obj. vorliegen muss; dafür genügt bedingter Zueignungsvorsatz (§ 15), Zueignungsabsicht – wie bei § 242 – ist nicht erforderlich. Zueignung setzt nach hM eine nach außen erkennbare Manifestation des Zueignungswillens voraus; ein bloß innerer Entschluss zum Behalten der Sache als eigene genügt nicht. Vielmehr bedarf es einer äußeren Handlung, die auf den Willen schließen lässt, den Eigentümer dauernd auszuschließen und die Sache (oder ihren Sachwert) dem eigenen Vermögen oder dem eines Dritten einzuverleiben. Jedenfalls die Aneignungskomponente muss in der Manifestation eindeutig zu Tage treten, das Enteignungselement darf jedenfalls nicht ausgeschlossen scheinen. Bei obj. mehrdeutigen Verhaltensweisen (zB Aufheben und Einstecken eines Fundstücks) scheidet die Annahme einer Zueignung aus, ebenso – mangels Sich- oder Dritt-Zueignung – bei einer bloßen Entledigung der Sache. Umstr. ist, ob nach erstmaliger Zueignung eine weitere Zueignung möglich ist (dagegen *BGHSt* 14, 38 [allerdings nur für wiederholte Sich-Zueignung]); die hM in der Lit. lässt eine erneute Zueignung als mitbestrafte Nachtat auf Konkurrenzebene zurücktreten und scheidet sie nicht bereits – wie die Rspr. – aus dem Tatbestand aus. Fehlt dem Täter bei der Begründung des Gewahrsams (= Wegnahme) zunächst Zueignungsabsicht (so dass § 242 ausscheidet), liegt in der nachfolgend tatsächlich erfolgenden Zueignung (etwa durch Verkaufsangebot) der Sache i. d. R. § 246.

Die Zueignung muss „rechtswidrig“ sein; da bei § 242 die Rechtswidrigkeit der beabsichtigten Zueignung im (subj.) Tatbestand geprüft wird, erscheint auch bei § 246 deren Prüfung im – hier bereits obj. – Tatbestand (und nicht erst in der Rechtswidrigkeit) sachgerecht. Die Zueignung ist – wie bei § 242 – nicht rechtswidrig bei einem fälligen und einredefreien Anspruch auf die Sache. Insbes. für die Drittzueignung werden Einschränkungen diskutiert, v. a. wenn der Täter die Sache nicht im Gewahrsam hat oder die Zueignung ohne Willen des Dritten diesem aufgedrängt werden soll (vgl. *Lackner/Kühl*, § 246 Rn. 8 m. w. N.).

**Subjektiv** genügt für alle obj. Tb-Merkmale bedingter Vorsatz (§ 15).

## 2. Anvertrauende Unterschlagung, § 246 II

Anvertraut ist eine im Gewahrsam des Täters befindliche Sache nicht nur (wie bei § 266) aufgrund eines besonderen Treueverhältnisses (*BGHSt* 9, 90), sondern schon dann, wenn sie ihm in dem Vertrauen überlassen wurde, er werde die Herrschaft nur i. S. des Überlassenden ausüben (zB unter Eigentumsvorbehalt gekaufte Sache, *BGHSt* 16, 280).

## III. Unbefugter Gebrauch eines Fahrzeugs, § 248b

### 1. Obj. Tatbestand

**a) Tatobjekt** eines ausnahmsweise strafbaren *furtum usus* sind nach dem eindeutigen Wortlaut (nur) Kfz i. w. S. d. § 248b IV sowie Fahrräder (nicht zB ein Rollator).

**b) Tathandlung** ist deren **Ingebrauchnahme**, die mit dem Ingangsetzen zu einer Fahrt vollendet und mit deren Abschluss beendet ist (Dauerdelikt). Das Handeln gegen den Willen des Berechtigten (nicht nur des Eigentümer, sondern auch des Halters, Mieters etc.) ist Merkmal des obj. Tb und erfordert einen erkennbar oder mutmaßlich entgegenstehenden Willen.

**2. Subj.:** Da der mind. bed. Vorsatz (§ 15) bzgl. der obj. Tb-Merkmale auch den (mutmaßlich) entgegenstehenden Willen erfassen muss, ist die irriige Annahme eines Einverständnisses Tatbestandsirrtum (§ 16).

**3. Subsidiarität:** Obwohl § 248b gerade auch gegenüber dem Diebstahl, von dem er sich durch das Fehlen einer Zueignungsabsicht unterscheidet, ausdrücklich subsidiär ist, wird der den Diebstahlstatbestand erfüllende Verbrauch des Benzins im Tank (darin liegt eine bei der Ingebrauchnahme beabsichtigte Zueignung) von § 248b konsumiert oder tritt als mitbestrafte Nachtat zurück.

### Fall:

*Spriztour* – *BGHSt* 16, 190 (vgl. auch *BGHSt* 22, 45 = *Kühl* HRR-BT Nr. 48): A öffnete mittels einer Scheckkarte einen abgestellten Pkw, um diesen für eine Spriztour zu verwenden. Nach einem Ausflug ins Grüne wollte er den Pkw – allerdings ohne nachgetankt zu haben – einfach wieder auf den gleichen Parkplatz abstellen. Nach dem planmäßigen Ende der Tour entschloss er sich dann doch spontan dazu, eine im Pkw befindliche Ledertasche im Wert von ca. 300 €, die ihn zunächst nicht interessiert hatte, mitzunehmen. Strafbar wegen §§ 242 I, 246 I, 248b I? – Ändert sich etwas, wenn A den Plan gehabt hätte, nach Ende der Spriztour den Pkw nicht auf den früheren Parkplatz sondern irgendwo anders in der Stadt stehenzulassen?

## IV. Entziehung elektrischer Energie, § 248c

Wenn nach dem SV lediglich die Entziehung elektrischer Energie in Rede steht, ist sogleich mit der § 248c-Prüfung zu beginnen; eine Prüfung der Sachqualität von elektrischem Strom i. S. v. § 242 ist entbehrlich.

### 1. Obj. Tatbestand

**a) Tatobjekt** ist fremde elektrische Energie, ohne dass es auf den Gewahrsam daran ankommt. Die Energie ist fremd, wenn der Täter auf ihre Entziehung kein Recht hat.

**b) Tathandlung** ist deren Entziehen, d. h. den Energievorrat eines anderen mindern; dieses muss ordnungswidrig geschehen, so dass die bloß vertragswidrige Nutzung einer elektrischen Heizung nicht ausreicht (zur § 248c-Strafbarkeit wegen Aufladens eines Handy *Brodowski*, ZJS 2010, 144 ff.).

**2. Subj.** ist neben mind. bed. Vorsatz bzgl. der obj. Tb-Merkmale (§ 15) – wie bei § 242 – die Absicht rechtswidriger Zueignung erforderlich.

## Raub und Erpressung

### I. Systematik

Innerhalb des 20. BT-Abschnitts gibt es drei Grundtatbestände: Raub (§ 249), Räuberischer Diebstahl (§ 252) und Erpressung (§ 253). Der Strafrahmen von § 249 und die Raubqualifikationen der §§ 250, 251 gelten aufgrund der Verweisungen in §§ 252, 255 auch für räuberischen Diebstahl und räuberische Erpressung (Qualifikation zu § 253). Mit Ausnahme der „einfachen“ Erpressung (Versuchsstrafbarkeit in § 253 III) handelt es sich durchweg um Verbrechen, so dass bei allen Tatbeständen dieses Abschnitts auch der Versuch und bestimmte Vorbereitungshandlungen (§ 30) strafbar sind.

Strukturell handelt es sich stets um kupierte Erfolgsdelikte mit überschießender In-  
nentendenz, bei denen Gewahrsamsbruch, Vermögensschaden etc. obj. vorliegen  
müssen, während eine darüber hinausgehende Zueignung (§ 249), Besitzerhaltung  
(§ 252) oder Bereicherung (§ 253) wie bei § 242 nur beabsichtigt sein muss. Daher  
ist der obj. Tb. dieser Delikte jeweils mit Begründung neuen Gewahrsams etc. voll-  
endet, so dass ab diesem Zeitpunkt kein bloßer Versuch (mit Rücktrittsmöglichkeit  
gem. § 24) mehr vorliegt; der nicht mehr tatbestandliche Eintritt der Zueignung etc.  
markiert nur den Zeitpunkt der materiellen Beendigung (der aber für die Rspr. Bedeu-  
tung hat bei der Beteiligung iSd §§ 25 ff. sowie der Verwirklichung von [Erfolgs-] Qua-  
lifikationen).

Während **§§ 249, 252** – wie § 242 – **Eigentum und Gewahrsam schützen, schützt § 253** – wie § 263 – **das Vermögen als ganzes**; anders als bei §§ 242, 263 kommt bei den Delikten dieses Abschnitts ein Schutz der Willensbetätigungsfreiheit gegen die Nötigungshandlungen hinzu. So kombiniert der Raub einen Diebstahl mit einer qualifizierten Nötigung; bei § 253 sind die Nötigungsmittel (und nach dem Wortlaut sowie der Rspr. auch der Nötigungserfolg) mit § 240 deckungsgleich und es existiert auch die Verwerflichkeitsklausel (§ 253 II). Bejaht man einen Raub, ist die Prüfung von §§ 240, 242 wegen des gleichen Geschehens entbehrlich (nicht aber natürlich, wenn das Nötigungsmittel auch zu anderen Zwecken als der Wegnahme eingesetzt wurde); das gleiche gilt für die Erpressung, die § 240 zurücktreten lässt. Dagegen sind §§ 223 ff. auch neben §§ 249 ff. zu prüfen, weil sich aus der Bejahung eines Nötigungsmittels nicht zwingend auf das Vorliegen einer Körperverletzung schließen lässt (als Nötigungsmittel kann ja auch eine ggf. qualifizierte Drohung ausreichen).

Zu beachten sind daher im **Vorfeld angesiedelte Delikte** wie §§ 239a, 239b, 316a, bei denen Raub, Erpressung etc. nur beabsichtigt sein müssen und die daher z. T. bereits vor Versuchsbeginn zu §§ 249 ff. vollendet sein können (Achtung: die hohe Strafdrohung der §§ 239a, b führt zu einer restriktiven Auslegung).

### II. Raub, § 249

Die **Wegnahme einer fremden beweglichen Sache** (insoweit deckungsgleich mit § 242) **muss mit Gewalt gegen eine Person** (nicht bloß gegen Sachen, wenn die Sachgewalt nicht mind. mittelbar auf eine Person einwirkt [zB Abschließen der Tür zum Einsperren einer Person]) **oder unter Anwendung von Drohungen mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben** (Raubmittel) **bewirkt sein**; d. h. eines der (gegenüber § 240) qualifizierten Nötigungsmittel muss vom Täter **final** (zielgerichtet) zur Erzwingung der Wegnahme eingesetzt worden sein, ohne dass es aber auf einen tatsächlichen Kausalzusammenhang zwischen Nötigungsmittel und Wegnahme an-

käme, so dass das Opfer zB die Drohung – entgegen der Vorstellung des Täters (sonst wäre es gar keine Drohung) – in Wirklichkeit nicht ernst genommen haben muss.

Nach BVerfGE 92, 1, 17 (zu § 240 bei Sitzblockaden) erfordert „Gewalt“ (auch bei § 249 vis absoluta und vis compulsiva) mind. entweder eine körperliche Kraftentfaltung des Täters oder eine körperliche Zwangswirkung beim Opfer; danach ist das heimliche Beibringen von BtM aufgrund der Zwangswirkung beim Opfer Gewalt i. S. v. § 249 (BGHSt 1, 145), während das bloße Entreißen einer nicht festgehaltenen Handtasche i. d. R. nicht genügen dürfte. Die Zwangswirkung muss das Opfer nicht bemerkt haben, so dass Gewalt (zB durch Fesseln, Einsperren etc.) auch gegenüber einem Schlafenden oder Bewusstlosen möglich ist. Genügend ist das aktive Aufrechterhalten einer zu anderen Zwecken (zB Sexualstraftat) begonnenen Gewalteinwirkung/Drohung oder der Übergang von einer Gewalteinwirkung zur (konkludenten) Drohung mit deren Wiederholung, nicht dagegen das bloße Ausnutzen der andauernden Wirkung einer ohne Wegnahmevorsatz ausgeführten Nötigungshandlung (zB zum Zwecke einer Sexualstraftat genötigtes Opfer ist danach noch so verängstigt, dass Täter aufgrund neuen Willensentschlusses noch dessen Portemonnaie wegnimmt) sowie das Ausnutzen einer fortdauernden Nötigungshandlung durch einen Dritten zur Wegnahme ohne dessen Kenntnis (sonst §§ 249, 25 II).

Wie der Diebstahl ist auch ein Raub nicht schon mit dem Abschluss des Raubmittels, sondern erst mit der Vollendung der Wegnahme (= Gewahrsamsbruch) vollendet und mit der Beutesicherung beendet. Der Versuch beginnt mit dem unmittelbaren Ansetzen (§ 22) zur Gewalt bzw. Drohung.

Hinweis: Obwohl ein Diebstahl vollumfänglich in § 249 enthalten ist, ist der Raub kein qualifizierter Diebstahl, sondern ein zweiaktiger Tatbestand eigener Art, auf den §§ 247, 248a nicht anwendbar sind. Kommt in einem SV ein Raub in Betracht, sollte dieser zuerst geprüft werden (im Schlusssatz kann es bei Bejahung von § 249 heißen: „Damit ist auch ein Diebstahl mitverwirklicht“) und nur nach Verneinung von § 249 auf §§ 242 ff. eingegangen werden; insbesondere wäre eine ausführliche Diskussion von §§ 243, 244, 244a überflüssig.

### **III. Raubqualifikationen**

Während § 250 I und II „normale“ Qualifikationen enthalten, normiert § 251 eine Erfolgsqualifikation. Je nach SV kann man § 250 oder auch § 251 gemeinsam mit § 249 prüfen; dagegen empfiehlt sich eine Zusammenprüfung von §§ 249, 250, 251 nicht (schon weil das Nebeneinander einer echten und einer Erfolgsqualifikation durch die Fahrlässigkeitskomponente zu einem sehr komplizierten Aufbau führen muss). Die Raubqualifikationen gelten auch für räuberischen Diebstahl (§ 252) und räuberische Erpressung (§ 255).

#### **1. Schwerer Raub, § 250 I**

Die Qualifikationsmerkmale entsprechen – mit Ausnahme von Nr. 1 c – denen des § 244 I. Obwohl die Drohung bereits Tatbestandsmerkmal des Grunddelikts (§ 249) ist, sind von § 250 I Nr. 1 b nach hM und dem gesetzgeberischen Willen auch sog. Scheinwaffen (Spielzeugpistole, ungeladene Schusswaffe etc.) erfasst (in der Praxis ggf. als minder schwerer Fall, § 250 III – sollte im Gutachten nicht geprüft werden). Nr. 1 c erfordert eine konkrete Gefahr einer schweren Gesundheitsschädigung (nicht notwendig einer schweren Körperverletzung i. S. v. § 226 I Nr. 1 – 3, sondern etwa auch bei langwieriger ernsthafter Krankheit oder längerer Arbeitsunfähigkeit).

## **2. (Besonders) schwerer Raub, § 250 II**

Als weitere Qualifikation (im Verhältnis zu § 250 I) führt § 250 II zu einer Mindeststrafe von 5 Jahren, wenn der Täter die Waffe bzw. das gefährliche Werkzeug verwendet (Nr. 1), beim Bandenraub (als solcher „nur“ § 250 I Nr. 2) eine Waffe (nicht auch – wie in § 250 I Nr. 1a, II Nr. 1 – ein anderes gefährliches Werkzeug) bloß bei sich führt (sonst bereits Nr. 1) oder eine andere Person schwer misshandelt (Nr. 3a) bzw. in konkrete Todesgefahr bringt (Nr. 3b); erforderlich ist hierfür Lebensgefährdungsvorsatz, nicht zwingend Tötungsvorsatz, dessen Vorliegen daneben auch eine Strafbarkeit gem. §§ 211 ff. und § 251 (ggf. i. V. m. § 22) ermöglicht.

## **3. Raub mit Todesfolge, § 251 (Erfolgsqualifikation)**

Über § 18 hinaus verlangt § 251 **leichtfertige**, d. h. grob fahrlässige Todesverursachung „durch den Raub“. Zwischen dem Raubmittel und dem Todeseintritt muss – wie bei anderen Erfolgsqualifikationen – ein **spezifischer Gefährdungs Zusammenhang** bestehen; nicht erforderlich ist aber, dass der Tod aufgrund von Gewalt eintritt, so dass auch zB das aufgrund einer Drohung „zu Tode erschrockene“ Raubopfer ausreicht. Ausreichend ist überdies auch der Tod eines unbeteiligten Dritten zB bei einem Querschläger (BGHSt 38, 295). Die Rspr. lässt auch die Todesverursachung im Beendigungsstadium (nach Vollendung der Wegnahme und damit des Raubes) genügen (BGHSt 38, 295; NJW 1999, 1039), während nach einigen Stimmen in der Lit. dann nur noch räuberischer Diebstahl (Vortat kann auch ein Raub sein) mit Todesfolge (§§ 252, 251) in Betracht kommt, sofern der Täter Besitzerhaltungsabsicht hat (anderenfalls „nur“ § 249 und § 222).

Angesichts des Wortlauts („wenigstens“) ist heute unstr. Tötungsvorsatz erfasst (vor dem 6. StRG fraglich, weil bis dahin explizit nur Leichtfertigkeit verlangt wurde). Daher ist mit §§ 211, 212 Tateinheit möglich (zur Klarstellung, dass der Raub mit dem vorsätzlichen verursachten Tod zusammenhing). Möglich ist überdies ein **erfolgsqualifizierter Versuch** (bereits beim Versuch eines Raubes [idR vor Wegnahme] kommt das Opfer leichtfertig oder vorsätzlich zu Tode) bzw. eine **versuchte Erfolgsqualifizierung**, wenn der Täter beim Raubversuch Vorsatz bezüglich der nicht eingetretenen schweren (Todes-)Folge hatte. Führt bereits der Raubversuch zum Tod des Opfers, besteht zwischen dem versuchten § 251 und dem vollendeten § 212, 211 (bei Tötungsvorsatz) bzw. § 227 (bei bloßer Leichtfertigkeit) aus Klarstellungsgründen Tateinheit (BGHSt 46, 24).

Tritt der Täter nach Eintritt der schweren Folge, aber vor Vollendung der Wegnahme freiwillig gem. § 24 vom (erfolgsqualifizierten) Raubversuch zurück, entfällt auch eine Strafbarkeit wegen §§ 251, 22 (BGHSt 42, 158); es bleiben Tötungs- und Körperverletzungsdelikte.

## **IV. Räuberischer Diebstahl, § 252**

§ 252 ist keine Qualifikation zu § 242, sondern ein **eigenständiger raubähnlicher Tatbestand**, der sich von § 249 dadurch unterscheidet, dass die qualifizierten Nötigungsmittel bei § 252 nicht zur Wegnahme, sondern zur Sicherung des Gewahrsams eingesetzt werden.

**Obj.:** Die Vortat – nach der Rspr. umfasst „Diebstahl“ auch einen Raub (BGHSt 21, 377; NJW 2002, 2043, 2044) – muss grundsätzlich vollendet sein; ein (untauglicher) Versuch genügt nur, wenn bereits dadurch der Täter Gewahrsam erlangt hat (zB bei Einverständnis des Gewahrsamsinhabers bei einer Diebesfall; dann §§ 252, 22). Wendet der Täter bis zur Vollendung der Wegnahme Gewalt an, ist § 249 gegeben; umstr. ist dagegen, ob im Beendigungsstadium bis zur Beutesicherung eingesetzte Gewalt bzw. eingetretene schwere Folgen noch eine Raubqualifikation gem. §§ 250

f. begründen können oder „nur“ zu § 252 i. V. m. §§ 250 f. führen können (letztere Lösung führt angesichts der tatbestandlichen Einschränkungen von § 252 gegenüber § 249 zu Strafbarkeitslücken).

**(Mit-)Täter von § 252 kann nach hM nur ein (Mit-)Täter der Vortat sein;** ein Teilnehmer an der Vortat kann auch zu § 252 nur Teilnehmer sein. Der (Mit-)Täter ist auf frischer Tat betroffen, wenn dieser bei Ausführung der Tat oder alsbald nach deren Vollendung am Tatort von einem anderen sinnlich wahrgenommen wird. Da aber ein bloßes „Betroffen-Sein“ ausreicht, ist ausreichend, wenn der Täter, von einem anderen überrascht, durch Gewalt einem Bemerk-Werden zuvorkommt.

Tathandlung ist – wie bei §§ 249, 255 – der Einsatz eines qualifizierten Nötigungsmittels; ein tatbestandlicher Erfolg in Form einer tatsächlichen Besitzerhaltung ist nicht erforderlich.

**2. Subj.:** Bzgl. des obj. Tb genügt bed. Vorsatz; dazu hin ist aber **(Sich-) Besitzerhaltungsabsicht** erforderlich; ausreichend hierfür ist, wenn der Täter – anstatt sich der Beute zu entledigen – die Tathandlung begeht (OLG Köln NStZ 2005, 448), nicht dagegen, wenn es ihm hauptsächlich um gewaltsame Flucht geht (OLG Hamm StV 2005, 336), selbst wenn er davor bereits gefestigten Gewahrsam an der Sache begründet hat (OLG Köln StV 2004, 490). Anders als die Drittzueignungsabsicht in §§ 242, 249 genügt eine Drittbesitzerhaltungsabsicht nicht. Allerdings muss der Täter das Beutestück nicht persönlich bei sich führen, so dass für eine § 252-Täterschaft genügt, wenn ein (Mit-) Täter im Besitz der gemeinsamen Beute ist und der andere (Mit-) Täter durch Gewalt diese Besitzlage erhalten will.

## V. (Räuberische) Erpressung

Hinweis: Sind dem SV (wie häufig) Anhaltspunkte für eine *räuberische* Erpressung zu entnehmen, empfiehlt sich unbedingt eine gemeinsame Prüfung von §§ 253, 255, weil bei einer isolierten § 253-Prüfung stets auch die Verwerflichkeitsklausel des § 253 II - wie bei § 240 – in der Rechtswidrigkeit geprüft werden müsste (ebenso die Regelbeispiele des § 253 IV 2); dies entfällt für § 255, der als Qualifikation (wenn die Voraussetzungen gegeben sind) § 253 verdrängt und damit die Verwerflichkeitsprüfung überflüssig macht. Stellt sich bei der §§ 253, 255-Prüfung dann heraus, dass die von § 255 geforderten qualifizierten Nötigungsmittel nicht gegeben sind, kann (und muss) man innerhalb der RW immer noch § 253 II prüfen (und nach Bejahung der Schuld ggf. die Regelbeispiele).

### 1. Grundtatbestand, § 253

**Obj.:** Die **Tathandlung** des § 253 I („mit **Gewalt oder durch Drohung mit einem empfindlichen Übel**“) ist wortgleich zu § 240 I ausgestaltet (anders als in §§ 249, 252 und 255 wird kein qualifiziertes Nötigungsmittel verlangt; zur Drohung mit einem Unterlassen [Abbruch der Geschäftsbeziehungen] vgl. BGHSt 44, 251) und wird von der Rspr. insofern auch „beim Wort genommen“, so dass einerseits – wie bei § 240 – neben vis compulsiva auch vis absoluta ausreicht und andererseits die Nötigung **nur auf irgendein Handeln, Dulden oder Unterlassen** (= Nötigungserfolg) gerichtet sein muss. Dagegen wird von der hM in der Lit. – in Parallele zu § 263, der unstr. eine *Vermögensverfügung* als ungeschriebenes Tb-Merkmal enthält – **als zusätzliches ungeschriebenes Merkmal des Tatbestandes gefordert, dass das abgenötigte Handeln, Dulden oder Unterlassen die Merkmale einer Vermögensverfügung erfüllt** (vgl. nur Lackner/Kühl § 253 Rn. 3). Daraus folgt eine Ausscheidung von vis absoluta (zB Festhalten des Opfers, damit dieses die Wegnahme dulde) und mithin eine Beschränkung der Gewalt-Erpressung auf Gewalt in Form von vis compulsiva (nötigende Gewalt). Weitere Konsequenz der hM ist, dass – anders als nach

der Rspr. – das bloße Dulden der Wegnahme bei einem Raub den Tatbestand von § 253 nicht erfüllt (die Rspr. bejaht hier §§ 249, 253 nebeneinander und lässt nur § 253 als lex generalis zurücktreten).

**Von der Frage nach dem Erfordernis einer Vermögensverfügung als ungeschriebenes Tb-Merkmal zu trennen ist die Frage nach deren Voraussetzungen;** während die Rspr. nach dem **äußeren Erscheinungsbild** ein Geben des Opfers (= Vermögensverfügung) von einem Nehmen des Täters (= Wegnahme) unterscheidet, grenzt die hM in der Lit. nach der **inneren Willensrichtung** des Genötigten ab, so dass insbesondere bei mittels Todesdrohungen erzwungener Weggabe mangels Freiwilligkeit (das Opfer hat ja keine wirkliche Alternative) eine Vermögensverfügung zu verneinen ist.

Durch das abgenötigte Verhalten muss dem Geschädigten ein **Vermögensnachteil** entstanden sein (dies entspricht dem Vermögensschaden bei § 263). Mit dem auch nur teilweisen Eintritt des Vermögensnachteils (beim Opfer) ist die Erpressung vollendet (BGHSt 41, 368, 371); einer eingetretenen Bereicherung beim Täter bedarf es nicht. Bei der sog. Sicherungserpressung zur Abwehr von Herausgabeansprüchen in Bezug auf bereits durch eine Straftat erlangte Sachen scheidet i. d. R. ein neuer Vermögensschaden aus (BGH, NJW 1984, 501; einschränkend BGH, NStZ 2002, 33); jedenfalls handelt es sich regelmäßig um eine mitbestrafte Vortat. Dagegen wird ein Vermögensnachteil bejaht, wenn der Eigentümer eine Sache erst nach Zahlung eines Lösegeldes zurückerhalten soll (BGHSt 26, 346). **An der Kausalität von Nötigungsmittel und Vermögensnachteil fehlt es, wenn das Zwangsmittel zur Zeit der Vermögensverfügung nicht mehr fortwirkt** (allerdings ist stets zu prüfen, ob nicht nach Beendigung einer Gewalteinwirkung etc. eine konkludente Wiederholungsdrohung vorliegt).

Möglich ist auch eine **Dreiecks-Erpressung**: Zwar müssen Genötigter und Verfügender identisch sein, doch kann der durch die Verfügung Geschädigte ein anderer sein (auch eine jur. Person, zB beim sog. „Bankraub“ – zumeist eine räuberische Erpressung – eine Bank). Erforderlich ist ein Näheverhältnis zwischen Verfügendem und Geschädigtem; nach der Rspr. muss der Genötigte spätestens im Zeitpunkt der Tatbegehung schutzbereit auf der Seite des Vermögensinhabers stehen, ohne dass es auf rechtliche Verfügungsmacht oder tatsächliche Herrschaftsgewalt des Genötigten über die Vermögensgegenstände ankommt (BGHSt 41, 123).

**Subj.:** Neben mind. bed. Vorsatz bzgl. aller obj. Tb-Merkmale (§ 15) ist **Sich- oder Dritt-Bereicherungsabsicht** erforderlich; diese Bereicherung muss ebenso wie beim Diebstahl die Zueignung nicht obj. eingetreten sein und darf daher nicht bereits im obj. Tb. geprüft werden. Wie bei der Zueignungsabsicht **entfällt die Unrechtmäßigkeit der erstrebten Bereicherung** (und damit der subj. Tb), **wenn der Täter darauf einen fälligen und einredefreien Anspruch hat** (dass dieser mit Nötigungsmitteln und damit möglicherweise gem. § 240 strafbar durchgesetzt wird, begründet keine § 253-Strafbarkeit); da es für § 253 nur auf die Vermögensmehrung und nicht auf eine konkrete Sache ankommt, genügt auch ein SchE-Anspruch (zB auf Rückzahlung abredewidrig und trotz Vorkasse des nicht belieferten Rauschgiftkunden [BGH, NJW 2002, 2117]; nicht auch umgekehrt des vorleistenden und geprellten Rauschgifthändlers, weil bei diesem die [Natural-]Restitution auf einen rechtswidrigen Zustand [Besitz an BtM] gerichtet wäre und dieser verbotene Zustand nicht durch Geldersatz ausgeglichen werden darf [BGHSt 48, 322]).

**Zwischen dem angestrebten Vorteil und dem vom Opfer erlittenen Vermögensnachteil muss Stoffgleichheit bestehen**, d. h. der Vorteil muss sozusagen die Kehrseite des Nachteils sein. So fehlt die Stoffgleichheit bei der eigenmächtigen In-



pfandnahme einer Sache zur Durchsetzung einer Forderung (BGH, NJW 82, 2265; NStZ-RR 98, 235).

Anmerkung: Der **Streit um die Vermögensverfügung** bei §§ 253, 255 (nicht bei § 263) ist ein **absoluter Klassiker**, der jedem Studenten jederzeit bekannt und präsent sein muss. Strukturell geht es „nur“ um ein Tb-Merkmal von §§ 253, 255; da aber für die hM die Vermögensverfügung das Vehikel zur Abgrenzung von Raub und Erpressung ist, muss man auch bei der Prüfung von § 249 daran denken. Konsequenzen hat die Rspr.-Position, die freilich auch von Stimmen in der Lit. geteilt wird, nicht nur für das Verhältnis von § 249 und § 253, sondern auch für einen gewaltsam erzwungenen furtum usus zB an einem Kfz, der mangels Zueignungsabsicht § 249 nicht erfüllen kann, nach der Rspr. aber in Form einer erzwungenen Duldung der vorübergehenden Wegnahme über §§ 253, 255 zu den Raubqualifikationen der §§ 250 f. führen soll (für die hM scheidet § 253 aus, weil der die Wegnahme seines Kfz bloß Duldende darüber nicht verfügt, so dass nur §§ 248b, 240 bleiben). Da der Raub nach der Rspr. regelmäßig nur ein Spezialfall der Erpressung ist, soll sogar für § 239a die erforderliche Absicht zu einer Erpressung auch bei Absicht zu einem Raub gegeben sein (BGH, NStZ 2002, 31).

**RW:** Wie bei § 240 ist die **Verwerflichkeit der Zweck-Mittel-Relation** gem. § 253 II im Rahmen der Rechtswidrigkeit (grds. nach Prüfung allg. Rechtfertigungsgründe) ausdrücklich festzustellen. Allerdings dürfte sie bei einer Erpressung häufiger als bei einer Nötigung zu bejahen sein, weil die angestrebte Leistung ja immerhin eine unrechtmäßige Bereicherung darstellen muss.

## **2. Qualifikation, § 255**

Wird die Erpressung (§ 253 I) mit Raubmitteln begangen, ist sie zu dem Verbrechen der räuberischen Erpressung qualifiziert und unter den Voraussetzungen der §§ 250, 251 noch weiter qualifizierbar; dabei sind allerdings die Besonderheiten der Erpressung zu beachten. Die Verwerflichkeitsklausel des § 253 II entfällt.

## VI. Fälle

### 1. Lehrfälle

**Fall 1:** *Handtasche* (nach *Wessels/Hillenkamp*, BT/2 Rn. 314): Die A lässt ihre Handtasche lässig am kleinen Finger baumeln, als ihr diese der von hinten auf einem Fahrrad heranrasende T entreißt. T möchte nur das darin befindliche Geld und wirft – als er zu seiner Enttäuschung feststellen muss, dass sich in der Tasche kein Geldbeutel befindet – diese in ein Gebüsch. Strafbarkeit wegen § 249?

**Fall 2:** *Bankraub*: A will die Sparkasse vor Ort „leer räumen“. Zu diesem Zweck nimmt er sich eine Wollmütze mit Augenschlitzen und steckt sich ein gebogenes kleines Plastikrohr in die Tasche. Die eine Hand in der Tasche – das Plastikrohr wie eine Pistole haltend – stürmt er in die Bank, als er von außen sieht, dass sich gerade kein Kunde darin aufhält. Der Kassiererin K, die hinter einer Sicherheitsglasscheibe sitzt, sagt er: „Geben sie mir sofort alles Geld in der Kasse, oder ich schieße!“ Sie gibt ihm daraufhin einen Beutel mit dem Kassensinhalt. A verlässt die Bank und geht zu einem offenen wartenden Taxi. Auf dessen Fahrer F schlägt er unvermittelt und mit großer Wucht ein und zerrt ihn aus dem Wagen, den A nunmehr als Fluchtauto benutzt. Allerdings möchte er den F nicht dauerhaft um sein Arbeitsgerät bringen; das Taxi will er vielmehr in der Nähe des Bahnhofes und eines Taxistandes ordnungsgemäß stehen lassen und mit der Bahn weiter fliehen. So geschieht es. Auf dem Bahnhof wird A verhaftet. Es stellt sich heraus, dass ihm K nur Papierschnipsel eingepackt hatte. Strafbarkeit von A?

### 2. Rechtsprechung (Fälle mit \* erfordern Kenntnisse zum Betrug, § 263)

**Fall 1:** *BGHSt* 48, 365 (= *Marxen*, BT, Fall 29a): Der obdachlose A war zum Übernachten in die Jagdhütte des G eingedrungen; als wider Erwarten G dort auch eintraf, fesselte ihn A mittels einem in der Hütte befindlichen Strick, um selbst ungestört in der Hütte bleiben zu können. Kurz darauf fasste er den Entschluss, den Landrover und die Tasche des G zu entwenden; der Landrover wurde einige Zeit später aufgefunden, der Tascheninhalt blieb verschwunden. Strafbarkeit wegen §§ 249, 250 I Nr. 1 b?

**Fall 2:** *BGH*, *NStZ-RR* 2002, 304 (dazu krit. *Walter*, *NStZ* 2004, 153 ff.): A drang in die Wohnung der R ein, um gewaltsam Schmuck und Bargeld zu entwenden. Unter Todesdrohungen versicherte R, ihr Schmuck sei im Keller und der Schlüssel hierzu bei der Nachbarin N. A schickte sie daraufhin zu N, um den Schlüssel zu holen; während ihrer Abwesenheit entdeckte A in der Wohnung 500 DM, nahm diese und ging weg. Strafbarkeit wegen § 249?

**Fall 3:** *BGH*, *NStZ* 2005, 41: A, B und C wollen eine Grillstube überfallen und die Beute teilen; während C im Fluchtauto wartet, soll B einen 28cm langen spitzen Schraubenzieher so in der Hosentasche halten, dass der Grillstubenbesitzer G dies für eine Pistole hält. G nahm zwar diese „Pistole“ nicht wahr, ließ aber unter dem Eindruck verbaler Verletzungsdrohungen zu, dass A die Kasse entleerte und zusammen mit B flüchtete. Strafbarkeit wegen § 250 II Nr. 1 oder „nur“ § 250 I Nr. 1 a?

**Fall 4:** *BGH*, NStZ 2002, 33: A und seine Mittäter wollten sich als Betäubungsmittelhändler ausgeben und Kunden „abzocken“, die Drogen erwerben wollten, indem sie sich von diesen entweder durch Täuschung oder zusätzlich mit Gewalt oder Drohungen das Kaufgeld ohne eine Gegenleistung geben lassen. Dem gemäß täuschte A dem M – einem nicht offen ermittelnden Polizeibeamten – vor, ihm Heroin verkaufen zu wollen. Nachdem M dem A 100 DM übergeben hatte, liefen A und seine Mittäter mit dem Geld davon; M holte sie ein und forderte sein Geld zurück. Er wurde von A und seinen Mittätern in gemeinschaftlichem Zusammenwirken geschubst und getreten, um ihm klarzumachen, dass er weitere Schläge zu befürchten habe, falls er nicht von seinem Rückforderungsverlangen absehe. Kurz darauf griffen Polizeibeamte ein und nahmen die Täter fest. A gab daraufhin dem M das Geld zurück.

**Fall 5\*:** *BGH*, NJW 2002, 2117: A vereinbarte mit R und Y den Verkauf von 35 Kg Haschisch für 87.000 DM, lieferte aber trotz ordnungsgemäßer Zahlung in einem Päckchen nur 4 Kg Haschisch und 31 Kg Schokolade. Daraufhin bedrohten R und Y den A sowie dessen Freundin, die sie dazu im Auto entführten, mit dem Tode, damit er ihnen den zuviel bezahlten Kaufpreis zurückgebe; unter dem Eindruck dieser Drohungen händigte A dem R eine Tüte mit 77.000 DM aus. Strafbarkeit von R und Y wegen §§ 253, 255, 239a, 239b, wenn diese davon ausgingen, aufgrund der „Schlechtleistung“ des A einen Rückzahlungsanspruch zu haben und kein anderes Mittel zu dessen Durchsetzung sahen (vgl. § 35)?

**Fall 6\*:** *BGHSt* 48, 322 (vgl. *Marxen*, BT, Fall 26d): U hat von R und T Rauschgift erhalten und eine Bezahlung dafür versprochen, obwohl er wusste, dass er zahlungsunfähig war. Als U auf mehrfache Nachfrage hin nicht bezahlte, trafen sich R und T mit ihm, um die Zahlungsmodalitäten zu besprechen. Dabei bedrohten sie U mit dem Tod, schlugen ihm ins Gesicht und drückten eine brennende Zigarette auf seiner Haut aus. Unter dem Eindruck dieses Verhaltens sowie weiterer Drohungen war U bereit, R und T einige seiner Wertgegenstände zu überlassen. Da deren Wert nicht zur Begleichung des „Kaufpreises“ für das Rauschgift ausreichte, bot U dem R an, am nächsten Tag aus dem Schlafzimmer seiner Eltern noch einen kleinen Tresor zu entwenden; dazu kam es nicht mehr, weil beide im Schlafzimmer vom Stiefvater des U überrascht wurden. Strafbarkeit von R und T wegen §§ 239a, 240, 253, 255 sowie §§ 242, 244 I Nr. 3, II, 22, wenn die Eltern des U keinen Strafantrag stellen (§ 247)?

**Fall 7:** *Taxi-Driver* – *BGHSt* 14, 386 (= *Kühl*, HRR-BT, Nr. 58): A fuhr morgens mit dem Taxi und bat Fahrer F anzuhalten, weil er austreten wolle. Als er zurückkam, zog er eine Gaspistole aus der Tasche, schoss damit auf F und zwang ihn, den Fahrersitz für A freizumachen und zu dulden, dass A mit dem Taxi – wie von diesem von Anfang an gewollt – eine kurze Spritztour unternahm. Danach überließ A das Taxi wieder dem F. Strafbarkeit wegen §§ 249, 253, 255?

**Fall 8:** *BGHSt* 26, 346 (vgl. *Marxen*, BT, Fall 28d; *Rengier*, BT I, § 11 Fall 4): A hat dem O ein Kunstwerk im Wert 100.000 € entwendet; da er es angesichts seiner Bekanntheit nicht verkaufen kann, bietet er es – wie von Anfang an geplant – dem O gegen ein Lösegeld von 10.000 € in der sicheren Erwartung an, dass O darauf eingehen werde, weil es für ihn praktisch kein Mittel gibt, seinen zivilrechtlichen Herausgabeanspruch mit Aussicht auf Erfolg durchzusetzen. So geschieht es auch. Strafbarkeit des A wegen § 242 oder § 253 oder „nur“ § 240?

**Fall 9:** *BGH* NStZ-RR 1998, 235: S hatte bei M – einem im Krankenhaus liegenden Freund des R – Schulden aus dem Kauf von Haschisch. R und T beschlossen, „1300 DM bei S einzutreiben“, und suchten dazu S in seiner Wohnung gemeinsam mit Ö auf. S weigerte sich, die von R geforderten 1300 DM zu zahlen, weil „er das Geld dem M und sonst niemand schulde“. Als R mit den Worten: „Geld her oder wir nehmen diese Gegenstände mit“, begann, die Stereoanlage abzubauen, fuhr der querschnittsgelähmte S mit seinem Rollstuhl auf ihn zu, um ihn daran zu hindern. R zog seinen geladenen Revolver, den er S, als dieser sich ihm erneut näherte, an den Kopf hielt und anschließend auf den zufällig in der Wohnung anwesenden Z richtete. Als S und Z um Hilfe schrien, nahm R die Stereoanlage an sich und verließ mit T und Ö fluchtartig die Wohnung. Dabei ergriff Ö einen Geldbetrag von 120 DM, der auf dem Wohnzimmertisch lag, und gab diesen R. Die Stereoanlage wurde in den Keller der Wohnung von R und T verbracht. Strafbarkeit wegen §§ 242, 249, 250, 253, 255?

**Fall 10:** *BGHSt* 44, 251: T, Einkäufer bei Opel, forderte von Geschäftspartnern Schmiergelder; anderenfalls komme es zu einem Abbruch der Geschäftsbeziehungen. G 1 drohte er damit, bei Nichtzahlung einen bereits gemieteten Raum abrederwidrig nicht zu nutzen und nicht zu bezahlen; G 2 drohte er damit, ein in Zukunft anvisiertes Geschäft über den Einkauf von Zubehöerteilen nicht abzuschließen; G 3 schließlich konnte die für einen Auftrag an T bezahlten Schmiergelder durch überhöhte Abrechnungen für die bestellten Produkte bei Opel wieder hereinholen. Strafbarkeit von T wegen § 253?

**Fall 11:** *BGHSt* 32, 88: Hotelgast H ist nicht mehr in der Lage, seine Hotelrechnung zu bezahlen. Daraufhin verlässt er mit seinem Gepäck das Hotel und stößt den in der Tür stehenden Hotelportier P, der ein Verlassen des Hotels vor der Bezahlung verhindern will, zur Seite. Da das Hotel die Personalien des H hat, kann es seinen Anspruch gerichtlich geltend machen, wohl aber aufgrund der Vermögenslosigkeit faktisch kaum durchsetzen. Allerdings hätte es an den dem H gehörenden Gegenständen im Hotelzimmer ein gesetzliches Pfandrecht als Gastwirt (§ 704 S. i. V. m. § 562 I 2 BGB), das durch deren Fortschaffung beeinträchtigt wird. Strafbarkeit des H wegen § 255?

**Fall 12:** *BGHSt* 42, 158: A, B und C hatten sich bei einem Einbruch u. a. mit einer geladenen Pistole bewaffnet, die nach ihrer Vorstellung dazu dienen sollte, möglichen Widerstand bei den Wegnahmehandlungen zu brechen, wobei sie zumindest billigend in Kauf genommen hatten, dass die geladene Waffe auch auf Menschen gerichtet würde. Bei Auftreten von Widerstand sollte in die Luft oder in den Boden geschossen werden. Im Verlauf des weiteren Geschehens löste sich aus der von C geführten Pistole ein Schuss, der B tötete. Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass C nicht bewusst und willentlich geschossen hatte. Nachdem A bemerkt hatte, dass C, der sehr erschrocken war, auf B geschossen und diesen getroffen hatte, brachen er und C einvernehmlich die weitere Tatausführung ab und verließen den Tatort ohne Beute; A machte C wegen des Schusses heftige Vorwürfe. Strafbarkeit wegen §§ 251, 22?

## Lösungsskizze zu Fall 2

### I. „Bankraub“

#### 1. § 249

Raub ist Wegnahme unter Einsatz qualifizierter Nötigungsmittel. Hier kommt nur Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben in Betracht. Problem ist hier, dass das Opfer grundsätzlich die Drohung ernst nehmen muss. Ob sie der Täter auch wahr machen kann, spielt keine Rolle, solange er nur vorgibt, dies zu können. Nimmt das Opfer die Drohung nicht ernst, bleibt nur Versuch. Hier könnte argumentiert werden, K sei sich ihrer Sicherheit durch die Glasscheibe bewusst gewesen. Allerdings kommt auch bei vollständigem Schutz der allein anwesenden Kassiererin eine Drohung für evtl. in die Bank kommende Kunden in Betracht (*Rengier*, BT I 11/9; *BGH NJW* 1989, 176).

Durch diese Drohung müsste eine Wegnahme des „Geldes“ stattgefunden haben. Die Abgrenzung zwischen dem Vorliegen einer Wegnahme durch den Täter und einer freiwilligen Handlung durch das Opfer ist str. Die hM stellt auf das Kriterium der inneren Willensrichtung des Opfers ab. Diese soll anzunehmen sein, wenn es für das Opfer gleichgültig ist, wie es sich in der Gefahrensituation verhält. Wenn aber der Gewahrsamsverlust nach Vorstellung des Opfers von seiner Mitwirkung abhängt, scheidet Wegnahme aus (*Lackner/Kühl*, § 255 Rn. 2). Rspr stellt auf das äußere Bild des „Gebens und Nehmens“ ab. Z. T. wird in letzterem ein Indiz für die Willensrichtung des Genötigten, ob er mit seinem (wenn auch erzwungenen) Einverständnis die Sache überträgt oder nicht (*Rengier*, BT I 11/22 ff. mwN). Nach den beiden letzteren Ansichten ist jedenfalls eine Wegnahme abzulehnen. Stellt man nur auf den inneren Willen und nicht auf das äußere Erscheinungsbild ab, dürfte sich aber auch nichts ändern. Hier sollte nämlich das Opfer mitwirken müssen, so dass deswegen eine Wegnahme ausscheiden muss.

Daher scheitert eine Strafbarkeit aus § 249 an Fehlen einer Wegnahme.

#### 2. §§ 253, 255, 250 I Nr. 2

In Betracht kommt eine schwere räuberische Erpressung. Die qualifizierte Drohung wurde bereits oben bejaht. Str. ist, ob dadurch eine Vermögensverfügung (= jedes willentliche Verhalten, durch das der Genötigte unmittelbar auf sein Vermögen einwirkt) der K erzwungen sein muss (Rspr. verlangt nur ein „Handeln, Dulden oder Unterlassen“, was auch im bloßen „Dulden der Wegnahme“ liegen kann – dann ist allerdings § 249 lex specialis; Lit. verlangt unter Hinweis auf Parallelität zu § 263 (vgl. Schaubild bei *Rengier* 11/3) und um § 249 einen eigenständigen Anwendungsbe- reich zu lassen, das Vorliegen einer Vermögensverfügung (vgl. pro und contra bei *Rengier* 11/17 f.). Doch dürfte der Streit hier nicht wirklich bedeutsam sein, weil eine Vermögensverfügung im Verhalten der K gesehen werden kann, was nach beiden Ansichten jedenfalls ausreicht.

Dass die K (vermeintlich) nicht über eigenes, sondern über fremdes Vermögen verfügt, ändert nichts, weil auch die Dreieckerpressung von § 255 erfasst ist (*Rengier* 11/19 f., 11/10: die Vermögensverfügung besteht hier in der unmittelbaren Einwirkung auf das Vermögen eines dem Genötigten Nahestehenden). Allerdings fehlt es an einem Vermögensschaden, weil nur wertlose Papierschnipsel eingepackt worden waren.

### 3. §§ 253, 255, 250 I Nr. 1 b, 22

Weil Verbrechen, ist der Versuch der räuberischen Erpressung strafbar. Wie oben ausgeführt, wurde das Delikt nicht vollendet. Es liegt vielmehr ein – strafbarer – untauglicher Versuch vor.

Tatentschluss auf eine räuberische Erpressung liegt vor. Dies gilt auch für die Absicht stoffgleicher Bereicherung, denn das, was A zu erstreben sucht, soll die Sparkasse nach seinem Plan verlieren. Die Bereicherung sollte auch rechtswidrig sein, weil sich A keinen fälligen und einredefreien Anspruch auf das verlangte Geld vorgestellt hatte.

Fraglich ist, ob Vorsatz auch auf Qualifikation nach § 250 (wegen „gleich einem Räuber“ auch auf § 255 anwendbar, vgl. *Rengier* 11/1) gerichtet ist. Grundsätzlich fallen sog. „Scheinwaffen“ nach der Rspr. unter § 250 I Nr. 1 b nF. Dies gilt allerdings nicht für nach ihrem objektiven Eindruck völlig harmlose Gegenstände (vgl. insges. *Lackner/Kühl* § 244 Rn. 4). Dies dürfte bei einem kleineren Plastikrohr der Fall sein, so dass die Qualifikation nach § 250 I Nr. 1 b nicht bejaht werden kann.

Das unmittelbare Ansetzen ist problemlos gegeben. Da es sich um einen fehlgeschlagenen Versuch handelt, kommt ein Rücktritt des A nach § 24 mangels Freiwilligkeit nicht in Betracht.

### 4. § 239a

Die (auch bloß versuchte) Erpressung kann zugleich als (vollendeter) erpresserischer Menschenraub strafbar sein. Voraussetzung ist ein Sich-Bemächtigen des Genötigten. Dafür kann bloßes Bedrohen mit einer Waffe genügen. Hier dürfte es vorliegend fehlen. Ob das bloße „In-Schach-Halten“ mittels einer „Scheinwaffe“ genügen kann, erscheint zumindest in Fällen, in denen diese objektiv erkennbar keinerlei Gefährlichkeit aufweist, fraglich. Im übrigen wird zwar in der Rspr. keine Außenwirkung der Erpressung (mehr) verlangt, aber das Sich-Bemächtigen muss über das bloße Bedrohen hinausgehen. Kommt dem Sich-Bemächtigen keine entsprechende eigenständige Bedeutung zu, muss § 239a ausscheiden (*Lackner/Kühl* § 239 a Rn. 4a; bei dem Entführen wird die eigenständige Bedeutung der Raumveränderung gegenüber der damit verbundenen Bedrohung regelmäßig zu bejahen sein).

Aus gleichen Gründen muss auch § 239b ausscheiden, der i. ü. bei Fällen einer (räuberischen) Erpressung hinter § 239a zurücktreten würde (nach hM nicht bei Bejahung eines Raubes, weil dann die Entführung, etc. nicht zu einer Erpressung ausgenutzt werden soll!).

## II. Angriff auf den Taxifahrer

### 1. 249

Nötigungsmittel ist hier Gewalt gegen eine Person (*vis compulsiva*). Dadurch wird auch der Wagen in die Gewalt des Täters gebracht. Das Problem besteht hier am Fehlen der – erforderlichen – Zueignungsabsicht, weil diese dann nicht vorliegt, wenn der Täter keine dauerhafte Enteignung des Opfers anstrebt (vgl. auch § 242). Stellt er das Kfz aber so ab, dass es das Opfer leicht wieder findet, so kann eine Absicht zu einer dauerhaften Vorenthaltung des Pkw nicht bejaht werden.

## **2. § 255**

Hier kommt es nun darauf an, ob man eine Vermögensverfügung – die hier nicht vorliegt – verlangt oder nicht. Ein Dulden der Wegnahme aufgrund der Gewalt muss nämlich bejaht werden. Somit kommt man nach der Rspr. trotz bloß vorübergehender Gebrauchsanmaßung, die trotz Wegnahme keinen Raub begründen kann, zur Bejahung einer räuberischen Erpressung. Ausreichend ist der mit (selbst absoluter) Gewalt erzwungene Besitzwechsel (*Rengier* 11/14 u. Fall 1). Verlangt man hingegen eine Vermögensverfügung wie bei § 263, muss man deren Vorliegen hier verneinen, so dass § 255 ausscheiden muss. Eine willentliche Einwirkung auf sein Vermögen, indem F es unterlässt, sich gegen die Wegnahme zur Wehr zu setzen, kann nicht bejaht werden.

## **3. § 316a**

In Betracht käme auch ein räuberischer Angriff auf Kraftfahrer. Hier kommt es darauf an, ob man oben § 255 bejaht hat, weil die Absicht, nur §§ 248b, 240 zu begehen, nicht genügt. Im übrigen genügt nicht jeder Angriff auf Leib (so hier), Leben oder Entschlussfreiheit des Fahrers. Hinzukommen muss eine „Ausnutzung der besonderen Verhältnisse des Straßenverkehrs“. Diese fehlt hier jedenfalls: A hätte „sich eine Gefahrenlage zunutze machen (müssen), die dem fließenden Straßenverkehr eigentümlich ist“ und gerade deshalb für den Fahrer so entsteht (*Rengier* 12/4). Dafür genügt es nicht, dass das Taxi offen am Straßenrand steht, weil das Kfz in seiner Funktion als Verkehrsmittel eine Rolle spielen muss. Daher kommt hier § 316a in keinem Fall in Frage.

## **4. § 248b**

Dessen Tatbestand ist mit der In-Gebrauch-Nahme des Taxis erfüllt. Bejaht man oben dafür allerdings § 255, so tritt § 248b als dahinter zurück. Der Diebstahl des verbrauchten Benzins tritt dahinter als notwendige Begleittat zurück.

## **5. § 240**

Eine Nötigung mittels vis compulsiva („Herausprügeln“) ist hier vorliegend zu bejahen. Diese ist auch verwerflich.

## **6. § 223**

Durch die Schläge ist auch der Tatbestand der Körperverletzung erfüllt.

## **III. Ergebnis und Konkurrenzen**

§§ 255, 22 steht zu den „Fluchtdelikten“ jedenfalls in Tatmehrheit (§ 53). §§ 240, 223 stehen jedenfalls in Tateinheit (§ 52). Zwischen Nötigung und furtum usus kann man eine natürliche Handlungseinheit (§ 52) bejahen. Die Nötigung diene als Mittel zum Dulden der In-Gebrauch-Nahme.

## Betrug und Computerbetrug, §§ 263, 263a

### I. Systematik

Die Tatbestände der §§ 263, 263a schützen nach hM allein das Vermögen als Ganzes, nicht auch etwa die Redlichkeit im Geschäftsverkehr oder die Dispositionsfreiheit als solche; dass der Verlust einer Vermögensposition auch die Dispositionsfreiheit des Vermögensinhabers einschränkt, ist bloßer Reflex. Umgekehrt schützt das Strafrecht aber das Vermögen nicht unfänglich gegen alle denkbaren Eingriffe; aufgrund des fragmentarischen Charakters des Strafrechts ist das Vermögen nur gegen bestimmte vorsätzliche (§ 15; Ausnahme § 264 IV) Angriffe (bei § 263: Täuschung) geschützt. So ist nicht jeder vorsätzliche Vertragsbruch als solcher auch strafbar.

§ 263 ist zwar der strafrechtliche Prototyp eines Vermögensschutzes gegen unlautere Verhaltensweisen, nicht aber der Grundtatbestand für die anderen in diesem Abschnitt vereinten ziemlich heterogenen Tatbestände, die ihre Entstehung teilweise erst der Wirtschafts- und Computerstrafgesetzgebung seit Mitte der 1970er Jahre verdanken. Die in § 263 enthaltenen Regelbeispiele, Qualifikationen etc. gelten aber aufgrund von Verweisungen auch für §§ 263a, 266.

§ 263a wurde 1986 mit dem 2. WiKG eingefügt, um Lücken zu schließen, die sich bei dem zunehmenden Gebrauch elektronischer Datenverarbeitung bei Betrugskonstellationen ergeben haben. Der 1998 mit dem 6. StrRG neu geschaffene § 265 ist gegenüber dem (Versicherungs-)Betrug ein Vorfelddatbestand (Achtung: Bis 1998 gab es in § 265 aF ausdrücklich einen (Verbrechens!-)Tatbestand des „Versicherungsbetrugs“, der heute in Ansätzen im Regelbeispiel des § 263 III Nr. 5 fortlebt (daher lässt sich Rspr. und Lit. zu § 265 bis 1998 nicht auf den heutigen § 265 übertragen!). 2003 wurde dann in § 263a III ebenfalls ein neuer Vorfelddatbestand geschaffen.

### II. § 263

#### 1. Objektiver Tatbestand:

**a) Täuschung über Tatsachen:** Gegenstand einer solchen sind nur innere und äußere, gegenwärtige oder vergangene Tatsachen, nicht Werturteile; maßgeblich ist, dass Tatsachen dem Beweis zugänglich sein müssen. „Zukünftige Tatsachen“ gibt es daher nicht, doch kann sich eine innere Tatsache jetzt bereits auf ein zukünftiges Verhalten beziehen (zB mangelnde Erfüllungsbereitschaft bereits bei Vertragsabschluss). Die Täuschung kann ausdrücklich oder konkludent erfolgen sowie ausnahmsweise (bei Garantienstellung, die sich ausnahmsweise auch aus § 242 BGB herleiten lässt) auch durch Unterlassen einer gebotenen Mitteilung zur Aufklärung eines Irrtums bestehen.

**b) Erregen oder Unterhalten eines Irrtums:** Irrtum ist eine **Fehlvorstellung des Getäuschten**; das bloße Fehlen der Vorstellung einer wahren Tatsache (ignorantia facti) ist kein Irrtum. Glaubt der zu Täuschende die Täuschung nicht, befindet er sich ebenfalls in keinem Irrtum (dann bleibt nur ein versuchter Betrug), doch genügt für die Bejahung eines Irrtums, dass der Getäuschte die vorgespiegelte Tatsache für möglich hält



(BGHSt 47, 83); davon überzeugt sein, muss er hingegen nicht. **Erregen** heißt (Mit-) Verursachen des Irrtums, d. h. der **Irrtum muss durch die Täuschung zumindest kausal** iSd csqn-Formel (mit) **hervorgerufen** worden sein. Dass das Opfer aufgrund von Leichtgläubigkeit die Täuschung unschwer hätte durchschauen können, steht einer Kausalität nicht entgegen.

**Unterhalten** wird ein Irrtum durch das Verhindern oder Erschweren seiner Aufklärung sowie ein Bestärken in der Fehlvorstellung; Erregen und Unterhalten des Irrtums können **auch durch Unterlassen** (bei Garantenstellung, § 13 I) strafbar sein, sind aber abzugrenzen von der bloßen Ausnutzung eines bestehenden Irrtums ohne Garantenstellung.

**c) Vermögensverfügung:** Anders als bei § 253 ist dieses ungeschriebene Tatbestandsmerkmal als notwendiges Bindeglied zwischen Irrtum und Vermögensschaden bei § 263 allg. anerkannt (Betrug als Selbstschädigungsdelikt, bei dem der Geschädigte täuschungsbedingt Vermögen weggibt). Vermögensverfügung ist jedes Handeln, Dulden oder Unterlassen (zB Nichtgeltendmachen eines Anspruchs), das sich unmittelbar, d. h. ohne zusätzlich deliktische Zwischenhandlungen des Täters, vermögensmindernd auswirkt (BGHSt 14, 170). Die Verfügung ist nicht zivilrechtlich zu verstehen, so dass es auch nicht auf ihre zivilrechtl. Wirksamkeit ankommt (so setzt eine Vermögensverfügung nicht Geschäftsfähigkeit voraus); sie setzt ein Verfügungsbewusstsein voraus (BGHSt 41, 198), woran es fehlt, wenn Waren an der Kasse beim Bezahlen vorbeigeschleust werden. Zwischen Irrtum und Vermögensverfügung muss Kausalität bestehen. Daher muss der täuschungsbedingt Irrende die Verfügung vornehmen; verfügt er über das Vermögen eines anderen, bei dem der Vermögensschaden eintritt, spricht man von einem Dreiecksbetrug.

**d) Vermögensschaden:** Durch die Vermögensverfügung muss das Vermögen des Geschädigten (nicht notwendig des Getäuschten, wenn dieser – wie etwa der Bankangestellte – über fremdes Vermögen – das der Bank – verfügen kann) wirtschaftlich gemindert sein; daran fehlt es im Regelfall, wenn etwa täuschungsbedingt ein vom Opfer eigentlich nicht gewollter Vertrag zustande kommt, bei dem sich Leistung und Gegenleistung wirtschaftlich entsprechen (zB Vorspiegeln eines besonders günstigen Kaufangebots, das in Wirklichkeit dem Marktpreis entspricht). Ausnahmen bestehen beim sog. persönlichen Schadenseinschlag sowie beim Spenden- und Bettelbetrug (Schaden durch Zweckverfehlung). Neben dem erfolgten Schadenseintritt (Erfüllungsbetrug: zB bei der Abwicklung eines Vertrages wird für einen werthaltigen Gegenstand aufgrund einer Täuschung eine wertlose Gegenleistung erbracht) kann bereits eine konkrete Vermögensgefährdung als vollendeter Vermögensschaden angesehen werden (sog. schadensgleiche Vermögensgefährdung beim Eingehungsbetrug bereits z. Z. des Vertragsschlusses, wenn sich die gegenseitigen Leistungspflichten aufgrund der Täuschung in einem Missverhältnis befinden). Umstr. ist, was zu dem Vermögen des Opfers zählt.

Man unterscheidet folgende **Vermögensbegriffe** (hat Bedeutung auch zB für §§ 253, 266):

- (rein) wirtschaftlicher Vermögensbegriff, der alle geldwerten Güter ohne Rücksicht auf ihre rechtliche Anerkennung erfasst
- (rein) juristischer Vermögensbegriff, der – ohne Rücksicht auf den Geldwert – nur

alle Vermögensrechte einer Person erfasst (zB auch faktisch wertlos gewordene Aktien; so aber heute überholt und nicht mehr vertreten)

- Ökonomisch-juristischer Vermögensbegriff, der nur die geldwerten Güter erfasst, deren Inhaberschaft jedenfalls nicht im Widerspruch zur Rechtsordnung steht.

Mit Eintritt des Vermögensschadens beim Opfer (nicht erst mit der Bereicherung beim Täter) ist der Betrug vollendet. Versuchsbeginn iSv § 22 liegt nicht erst mit dem Beginn des ersten Tatbestandsmerkmals (Täuschung), sondern schon mit der letzten davor liegenden Handlung, die unmittelbar in die Täuschung münden soll, vor.

## 2. Subjektiver Tatbestand

Neben dem für die genannten **obj. Tatbestandsmerkmale** erforderlichen mind. **bedingten Vorsatz** (§ 15) muss der Täter mit (Sich- oder Dritt-) **Bereicherungsabsicht** handeln; zwischen dem Vermögensschaden und der (angestrebten) Bereicherung muss – wie bei § 253 – **Stoffgleichheit** bestehen, d. h. die Bereicherung muss sozusagen die Kehrseite des Vermögensverlustes darstellen (daran fehlt es zB bei einer Täuschung zum Zwecke der Erlangung einer Provision). Der angestrebte Vermögensvorteil ist **rechtswidrig**, wenn der Täter darauf nach bürgerlichem oder öffentlichem Recht keinen Anspruch hat.

## 3. Regelbeispiele (§ 263 III)

§ 263 III enthält fünf **Regelbeispiele** eines besonders schweren Falles des (ggf. versuchten) „einfachen“ Betrugs (§ 263 I, II) – zu prüfen wie bei § 243 erst nach Bejahung der Schuld unter dem Stichwort „Strafzumessungserwägungen“; § 243 II gilt gem. § 263 IV entsprechend. Von den Regelbeispielen sind in Prüfungen häufig von Interesse:

- Nr. 1, der aber vielfach hinter § 263 V zurücktritt (s. u.) und daher – jedenfalls wenn beide Alternativen eindeutig vorliegen – in der Prüfung „untergeht“, weil die Qualifikationsmerkmale als Tatbestandsmerkmale des § 263 V bereits in Tb von § 263 I iVm V geprüft werden, so dass man gar nicht mehr auf die Ebene der Regelbeispiele gelangt (wie § 244 I Nr. 3 das Regelbeispiel des § 243 I Nr. 1 entbehrlich macht).
- Nr. 2 (insbes. „Vermögensverlust großen Ausmaßes“ [ab 50.000 €; vgl. BGHSt 48, 360; überdies muss Schaden eingetreten sein, ein bloßer Gefährdungsschaden beim Eingehungsbetrag vor dessen Erfüllung genügt nicht, vgl. BGHSt 48, 354])
- Nr. 5 (hierbei ist auch eine Strafbarkeit gem. §§ 306 ff., insbes. § 306b II Nr. 2 [Brandstiftung in der Absicht, einen Betrug zu begehen] sowie § 265 zu denken) – der „Versicherungsbetrug“ als eigener (Verbrechens-)Tatbestand (§ 265 a.F.) wurde 1998 gestrichen (nicht zu verwechseln mit dem heutigen Tatbestand des § 265 „Versicherungsmissbrauch“ (ggü § 263 subsidiäres Vergehen).

## 4. Qualifikation, § 263 V

§ 263 V kombiniert die beiden Alternativen des Regelbeispiels in § 263 III Nr. 1 zur (Verbrechens-) **Qualifikation** des **gewerbsmäßigen Bandenbetrugs** (als echte Quali-

fikation zu prüfen!); die Versuchs- strafbarkeit ergibt sich aus § 12 I (Verbrechen!), nicht aus § 263 II. Wegen des Verbrechenscharakters ist auch eine Verabredung etc. gem. § 30 strafbar.

## 5. Konkurrenzen

### a) Subsidiaritätsklauseln

§§ 246 I, 265 enthalten gesetzliche Subsidiaritätsklauseln; dabei meint „Tat“ in § 265 I auch den zeitlich dem Versicherungsmisbrauch (zB Zerstören der Sache) nachfolgenden (versuchten) Betrug.

### b) Verhältnis von Betrug und Diebstahl

Diebstahl und Betrug schließen sich gegenseitig aus (möglich ist jedoch Wahlfeststellung bei nicht aufklärbarem SV); entweder nimmt der Täter dem Opfer eine Sache weg (§ 242: Fremdschädigungsdelikt) oder er veranlasst dieses durch die Täuschung zu einer unbewusst selbstschädigenden Verfügung darüber (§ 263). Fehlt dem untätig bleibenden „Täuschungsopfer“ das Verfügungsbewusstsein, liegt nicht § 263, sondern § 242 vor; das gleiche gilt für Trickdiebstähle, wenn der Täter etwa aufgrund einer vorgepiegelten Wegnahmebefugnis (zB als vermeintlicher „Hoheitsträger“) das Opfer zur unfreiwilligen Weggabe veranlasst.

Bei Dreieckskonstellationen kommt es darauf an, ob der getäuschte Verfügungende zum Opfer in einem Näheverhältnis steht (dann Dreiecksbetrug gem. § 263) oder nicht (dann Diebstahl in mittelbarer Täterschaft gem. §§ 242, 25 I Alt. 2).

## III. Computerbetrug, § 263a

Da § 263 die Täuschung und den Irrtum eines Menschen (nicht einer Maschine) fordert, entfällt eine Betrugsstrafbarkeit, wenn der Täter durch den Eingriff in Datenverarbeitungssysteme sein Vermögen unberechtigt vermehrt. Diese Lücke soll § 263a I schließen.

§ 263a enthält einerseits den strukturell an § 263 I angelehnten „Grundtatbestand“ des Computerbetruges (§ 263a I), für den aufgrund der Verweisung in § 263a II alle Regeln über den Betrug inkl. Versuchsstrafbarkeit, Regelbeispiele und Qualifikation entsprechend gelten; andererseits einen Vorfeldtatbestand in § 263a III, der begrifflich unglücklich bereits bestimmte Vorbereitungshandlungen zu § 263a I tatbestandlich zu einem vollendeten (!) Computerbetrug vertypt (vgl. Heger, ZIS 2008, 496 ff.), und für den aufgrund der Verweisung in § 263a IV die Regelungen des § 149 II, III gelten (§ 263a II bezieht sich strukturell und historisch nur auf § 263a I, nicht auch auf § 263a III, so dass etwa der Versuch nur von § 263a I [iVm §§ 263a II, 263 II], nicht auch von § 263a III strafbar ist).

### 1. Tatbestand des § 263a I

Da § 263a I nur als Auffangtatbestand zur Vermeidung von Strafbarkeitslücken konzipiert wurde, wird von der hM und Rspr. eine **betrugsnahe Auslegung aller Tatbestandselemente** gefordert (BGHSt 38, 120; 47, 160; aM Ranft NJW 1994, 2574). Allen

in § 263a I genannten Tatmodalitäten (unrichtige Programmgestaltung etc.) ist gemeinsam, dass der Täter dadurch kausal das Ergebnis eines Datenverarbeitungsvorgangs beeinflusst und dadurch einen Vermögensschaden verursacht hat. Wie bei § 263a I ist die Bereicherungsabsicht nur im subj. Tb zu prüfen; eine Bereicherung muss nicht eingetreten sein.

In der Praxis spielt die unbefugte Verwendung von Daten als Tatmodalität eine besondere Rolle. Grundsätzlich anerkannt ist das Erfordernis einer restriktiven Auslegung, weil sonst der Tatbestand uferlos weit wäre; nahe liegt insofern ein Bezug zum Betrug (dazu vgl. Heger, in: Lackner/Kühl § 263a Rn. 13 mwN). Erfasst wird von § 263a I der Bankautomatenmissbrauch mittels ec-Karte durch einen Nichtberechtigten, nach der Rspr. dagegen nicht die unberechtigte Überziehung durch Bankabhebung eines Berechtigten (BGHSt 47, 160; dagegen zB Heger, in: Lackner/Kühl § 263a Rn. 14 mwN).

## **2. Tatbestand des § 263a III**

Der Tatbestand ist sehr weit vorverlagert und geht auch über die Vorgaben eines zugrunde liegenden EU-Rahmenbeschlusses hinaus (dazu krit. Duttge, in: FS U. Weber, 2004, S. 285 ff. und Heger, ZIS 2008, 496 ff.). – Dieser Tatbestand ist nicht besonders prüfungsrelevant!

## **IV. Versicherungsmissbrauch, § 265**

### **1. Systematik**

§ 265 schützt nach h. M. gleichermaßen das Vermögen und die soziale Leistungsfähigkeit des dem allgemeinen Nutzen dienenden Versicherungswesens. Die Beschädigung etc. versicherter Sachen ist seit dem 6. StrRG als verselbständigter Vorfeldtatbestand gegenüber einem nachfolgenden Versicherungsbetrug (Regelbeispiel eines besonders schweren Falles gem. § 263 III Nr. 5) ausgestaltet und diesem gegenüber ausdrücklich subsidiär (unglückliche Textfassung, weil die nachfolgende Täuschung nicht mehr Teil der Beschädigung etc. ist und deswegen schwerlich von einer „Tat“ gesprochen werden kann). Trotz der weiten Vorverlagerung des Strafrechts-schutzes für Versicherungen unabhängig von deren konkreter Gefährdung ist bereits der Versuch strafbar (§ 265 II); eine Tätige-Reue-Vorschrift fehlt, so dass nach Beschädigung der Sache ein Verzicht auf die Inanspruchnahme der Versicherung an der eingetretenen Vollendungsstrafbarkeit gem. § 265 I nichts mehr ändern kann.

### **2. Tatbestand**

Tathandlungen sind das Beschädigen, Zerstören, Beeinträchtigen der Brauchbarkeit, Beiseiteschaffen oder einem Dritten Überlassen einer versicherten beweglichen oder unbeweglichen, eigenen oder fremden Sache (auch durch Unterlassen in Garantenstellung, § 13 I). Ausreichend ist der faktische Bestand eines Versicherungsvertrags über eine der in § 265 I aufgezählten Versicherungen (z. B. Diebstahlversicherung), so dass weder die rechtliche Wirksamkeit des Versicherungsvertrags (z. B. Nichtigkeit, Anfechtbarkeit) noch dessen Verbindung mit anderen, in § 265 I nicht aufgezählten Versicherungen etwas an der Strafbarkeit ändert. Vollendet ist die Tat mit dem Erfolg der Tat-

handlung (z. B. dem Beschädigen etc.), nicht erst mit der Schädigung der Versicherung (anders für den Versicherungsbetrug gem. § 263 III Nr. 5). Da das bloße Zerstören etc. einer versicherten Sache noch kein unmittelbares Ansetzen (§ 22) zu einer Täuschung der Versicherung darstellt, liegt noch kein Betrugsversuch vor (§§ 263 I, II, 22), doch kann bei gewerbs- und bandenmäßiger Begehung bereits eine Verabredung gem. § 30 iVm. § 263 V anzunehmen sein.

Bzgl. der Tathandlungen und des Erfolgs genügt mind. bedingter Vorsatz (§ 15). Die Absicht des Täters muss darüber hinaus nur darauf gerichtet sein, dass die Versicherung ihm oder einem Dritten Versicherungsleistungen auszahlt, unabhängig davon, ob ein Anspruch des Dritten darauf besteht. In diesem Fall entfällt allerdings wegen berechtigter Schadensmeldung mangels Täuschung ein Betrug gem. § 263 I, III Nr. 5, so dass die Subsidiaritätsklausel nicht zum Tragen kommen kann.

## V. Fälle zu §§ 263, 263a:

**1. Lehrfall: Koffer.** A hat seinen schätzbaren Koffer bei der Bahn aufgegeben. Zum Kauf einer Fahrkarte kam er nicht mehr. Er hatte vor, auf Nachfragen des Kontrolleurs K eine solche zu erwerben. Im Zug setzte er sich in das Restaurant und bestellte sich ein Bier. Als er dieses bezahlen wollte, merkte er zu seinem Schrecken, dass er kein Geld in der Tasche hatte. Er blieb daher zunächst sitzen, bestellte ein zweites Bier und hoffte, dass der Kontrolleur ihn nicht kontrollieren werde, was auch nicht geschah. Auf die Frage „Noch jemand zugestiegen, die Fahrscheine bitte“ hatte A diskret geschwiegen. Bevor er seine Getränke bezahlen sollte, entfernte er sich unauffällig unmittelbar bevor der Zug seinen Zielort erreichte. Dort angelangt, möchte er den Koffer abholen und legt seinen Gepäckschein vor. Der Bahnangestellte A verwechselt den Koffer mit einem ähnlich aussehenden, der aber, wie A sogleich erkennt, weit wertvoller ist. A nimmt diesen wortlos entgegen und entfernt sich rasch. Zu Hause bricht er das Schloss auf, ist aber enttäuscht, als er darin nur – für die Wissenschaft unersetzliche – Forschungsdokumente findet. Als er die Adresse des Inhabers W auf einem Schild außen am Koffer liest, kommt ihm die Idee, Geld dadurch zu machen, dass er sich als „redlicher Finder“ ausgibt, der den Koffer am Bahnhof gesehen hat und ihn seinem Eigentümer bringen will. Er repariert dafür das Schloss notdürftig, ruft W an und vereinbart einen Rückgabetermin. W, der seine Unterlagen verloren geglaubt hatte, verspricht A dafür einen großzügigen Finderlohn. Als A bei W ankommt, erkennt dieser aber auf den ersten Blick, dass das Schloss aufgebrochen worden ist. Er weigert sich daraufhin, den versprochenen Finderlohn auch auszubezahlen. Als er bei der Bahn wegen einer „Gegenüberstellung“ anruft, flüchtet A ohne das erhoffte Geld. Wie hat er sich strafbar gemacht?

## 2. Rechtsprechung:

**Fall 1:** *Tankstelle* – BGH, NJW 1983, 2827: A fährt zu einer Selbstbedienungstankstelle und betankt seinen Pkw. Als er nach dem Ende des Tankvorgangs bezahlen will, stellt er zu seinem Schrecken fest, dass er kein Geld mitgenommen hat. Daraufhin fährt er ohne zu bezahlen weg. Als ihn niemand aufhält, denkt er, das ist eine gute Möglichkeit zum Geldsparen und tankt ein weiteres Mal bei der SB-Tankstelle; diesmal hat er zwar genug Geld bei sich, möchte aber die Tankstelle ohne zu bezahlen verlassen. Tankstellenpächter T ist abgelenkt und nimmt den Tankvorgang und das Wegfahren des A – entgegen dessen Erwartung – daher nicht wahr. Strafbarkeit des A? – Ggf. erforderliche Strafanträge sind gestellt.

**Fall 2:** *Sammelgarage* – BGHSt 18, 221 (= Kühl, HRR-BT, Nr. 64; Marxen, BT, Fall 30a): Zwischen A und B besteht seit einigen Wochen eine Liebesbeziehung. Die B hatte ihren Pkw in einer Sammelgarage untergestellt, die von Pförtner P bewacht wurde. P bewahrte zu jedem eingestellten Pkw einen Zweitschlüssel auf, den er auf Verlangen an den Halter herausgab. A holte einmal den Pkw nach vorheriger telefonischer Zustimmung der B ab und erhielt von P den Schlüssel; daraufhin holte er noch sechs weitere Male den Pkw für kleinere Fahrten in die Umgebung ab, wobei er annahm, B sei im Hinblick auf ihre Beziehung damit einverstanden. Nach dem Ende der Beziehung holte A erneut ohne ausdrückliche Zustimmung der B den Pkw ab, diesmal in der Absicht, ihn nicht zurückzubringen, sondern für sich zu nutzen. Strafbarkeit wegen §§ 242, 25 I Alt. oder § 263?

**Fall 3:** *Einkaufswagen-Fall* – BGHSt 41, 198 (= Kühl, HRR-BT, Nr. 46; vgl. Rengier, BT I § 13 Rn. 38; Lackner/Kühl § 263 Rn. 26; a. A. OLG Düsseldorf NJW 1993, 1407): A will in einem Supermarkt CD's mitgehen lassen, ohne diese zu bezahlen. Er legt sie zu diesem Zweck in seinen Einkaufswagen und platziert seine Tasche sowie andere Waren so geschickt darauf, dass die CD's nicht mehr gesehen werden können. An der Kasse legt er die anderen Waren auf das Band und bezahlt diese ordnungsgemäß. Die CD's lässt er unter seiner Tasche liegen. Die Kassiererin bemerkt sie nicht, wohl aber ein Kaufhausdetektiv, der A nach Passieren der Kasse vor dem Ausgang des Supermarktes stellt. Strafbarkeit nach § 242 I oder § 263 I?

**Fall 4:** *Fehlbuchung* – BGHSt 46, 196 (= Kühl, HRR-BT, Nr. 63 m. Anm. Hefendehl, NStZ 2001, 281; Joerden, JZ 2001, 614; Heger, JA 2001, 536; Ranft, JuS 2001, 854; Geppert, JK 01, StGB § 263/58 – zur sog. Fehlüberweisung vgl. BGHSt 39, 392): Infolge eines Tippfehlers eines Sachbearbeiters kommt es zu einer Gutschrift iHv ca. 6 Mio. € auf dem Konto des A, der die Fehlerhaftigkeit der Gutschrift erkennt, aber gleichwohl über das Guthaben in 25 Überweisungen verfügt (u. a. zur Tilgung von Schulden und auf ein eigenes anderes Konto). Strafbarkeit des A wegen Betrugs?

**Fall 5:** *Killerlohn* – KG, NJW 2001, 86 (m. Bspr. Hecker, JuS 2001, 228; Baier, JA 2001, 280; Gröseling, NStZ 2001, 515; Otto, JK 5: A möchte seine Frau umbringen lassen und bietet dafür dem Berufskiller B 20.000 € an. B, der innerlich nicht gewillt ist, den Auftrag auszuführen, geht zum Schein darauf ein, verlangt und erhält eine Anzahlung von 10.000 €. Den Tötungsauftrag führt er nicht aus. Strafbarkeit wegen Betrugs?

**Fall 6:** *Melkmaschinen* – BGHSt 16, 321 (= Kühl, HRR-BT, Nr. 68): A hatte als Provisionsvertreter mehreren Bauern Melkmaschinen verkauft, denen er wahrheitswidrig vorgespiegelt hatte, die Maschine sei nur derzeit besonders günstig zu haben. In Wahrheit

entsprach der Kaufpreis stets dem Listen- und Marktpreis. Dem B verkaufte A eine Maschine, obwohl er wusste, dass dieser dadurch in finanzielle Schwierigkeiten kommen würde und einen Kredit aufnehmen müsse; dem F, obwohl dieser – wie A wusste – gar keine solche Maschine brauchte und diese im übrigen nur für 2 – 3 Kühe dimensioniert war, während F über 10 Kühe verfügte. Strafbarkeit wegen §§ 263 I, III Nr. 3?

**Fall 7:** *Hotelgast* – OLG Hamburg NJW 1968, 335: A begab sich im Glauben an seine Zahlungsfähigkeit in ein nobles Hamburger Hotel und bestellte dort ein Zimmer mit Frühstück für eine Woche. Nach fünf Tagen bemerkte er, dass er seine Rechnung doch nicht bezahlen werde können. Gleichwohl logierte er noch die restliche Zeit im Hotel und nahm weiter wie gewohnt sein Frühstück zu sich. Strafbar nach §§ 263 I, 13?

**Fall 8:** *Schlankheitspillen* – BGHSt 34, 199 (= Fall 1 bei Rengier, BT 1, § 13; dazu Bespr. von Müller-Christmann, JuS 1988, 108 ff.): A vertreibt nach einer teuren Werbekampagne in Boulevard-Zeitschriften und Trivialromanen ebenso wirkungs- wie harmlose Verjüngungs- und Abmagerungsmittel sowie „Haarverdicker“, weil er nach Untersuchungen davon ausgeht, dass nur ein Bruchteil der Kunden von dem eingeräumten kostenlosen Rücktrittsrecht Gebrauch machen werden. Er verkauft die Produkte per Nachnahme jeweils für ca. 60 DM „ohne jedes Risiko“ mit „Rückgaberecht innerhalb von 14 Tagen mit voller Geldzurückgarantie“. Angeboten wird ein Badezusatz, der nach 12 Bädern wieder jung, straff und schlank machen soll, ferner ein Mittel, das bei erster Anwendung um fünf Jahre verjüngen soll, zuletzt ein Haarverdicker, der binnen 10 Minuten die Haardicke verdoppeln soll. Alle Käufer, die reklamieren (wie von A erwartet, weniger als 10 %), erhalten den vollen Kaufpreis rückerstattet. A bleibt ein Bruttogewinn von 1,5 Mio. DM. Strafbarkeit nach §§ 263 I, III Nr. 2?

**Fall 9:** *Geldautomat* – BGHSt 47, 160: A eröffnet unter Vorlage eines gefälschten Personalausweises ein Konto und hebt danach mithilfe seiner Geldkarte an Automaten der kontoführenden Bank und anderer Geldinstitute unter Überziehung seines Kontos Geld ab, ohne einen Ausgleich zu beabsichtigen. Strafbarkeit wegen §§ 263a, 263, 266b?

**Fall 10:** *Münzprüfer* – OLG Celle JR 1997, 345 (mit Anm. Hilgendorf = Fall 59 u. Rn. 616 bei Wessels/Hillenkamp BT 2): T präparierte 2.500 schwedische 5-Kronen-Münzen im Wert von etwa 1 DM durch Überkleben der Schmalseiten mit Klarsichtfolie so, dass ihr Durchmesser dem eines 5-DM-Stücks entsprach. Damit bediente er in der Spielbank einen Geldspielautomaten und erzielte einen Gewinn von 182 5-DM-Münzen, weil der Münzprüfer des Automaten defekt war. T hatte mit dem Vorhandensein eines solchen Münzprüfers gerechnet, von dessen defekt aber nichts gewusst. Strafbarkeit des T wegen §§ 263a, 242?



## Lösungsskizzen

### „Koffer“-Fall

#### 1. § 263 I wegen des Nichtlösens einer Fahrkarte

Als er in den Zug stieg, fehlte ein Betrugsvorsatz, weil er davon ausging, eine Fahrkarte zu erwerben und diese auch bezahlen zu können (deswegen scheidet i. Ü. § 265a I schon tatbestandlich aus). Indem er sich dann aber nicht meldete, als der Kontrolleur in den Speisewagen kam, spiegelte er (konkludent) vor, dass er eine Fahrkarte habe. Doch müsste dadurch K auch getäuscht worden sein, d. h. es müsste bei ihm ein Irrtum erregt worden sein. Dies ist nur der Fall, wenn er einer positiven Fehlvorstellung unterliegt; es genügt nicht, dass er sich überhaupt keine Vorstellung von der maßgeblichen Tatsache macht (*ignorantia facti*). Hier hat K die (falsche) Vorstellung, dass alle Fahrgäste, d. h. auch A einen gültigen Fahrschein hatten. Er unterlässt daraufhin das Verlangen des Nachlösens eines Fahrscheins (Vermögensverfügung). Der Schaden liegt im Entgehen des Entgeltes. Dieses zu sparen, war auch Absicht des A gewesen, so dass auch die erforderliche Bereicherungsabsicht auf einen stoffgleichen Vorteil zu bejahen ist (vgl. *Krey/Hellmann/Heinrich* BT 2 Rn. 552 ff.). Daher hat A sich wegen Betruges zum Nachteil der Bahn strafbar gemacht.

#### 2. § 263 I wegen Zechprellerei

Problematisch ist hier, ob A eine Täuschung begangen hat. Dafür müsste er einem andere eine falsche Tatsache vorgespiegelt haben. Hier kommt das Vorliegen der inneren Tatsache fehlender Zahlungsfähigkeit und -willigkeit in Betracht; dies allerdings erst bei Bestellung des zweiten Biers, weil A bis dahin der Ansicht war, genügend Geld in der Tasche zu haben. Das zweite Bier wollte er aber von Anfang an (wohl) nicht bezahlen. Indem er trotzdem das Bier bestellte, täuschte er konkludent den Speisewagen-Wirt, weil in der Bestellung im Restaurant immer der Inhalt liegt, die bestellten Speisen und Getränke auch bezahlen zu können und zu wollen. Irrtumserregung, Vermögensverfügung und -schaden sowie Bereicherungsabsicht sind gegeben, so dass auch hier ein Betrug zum Nachteil des Speisewagenbetreibers anzunehmen ist (vgl. *Krey/Hellmann/Heinrich* Rn. 492 ff.).

#### 3. § 242 I

A könnte den Koffer gestohlen haben. Dafür dürfte allerdings nicht die Bahn Gewahrsamsinhaberin gewesen sein, weil sie den Gewahrsam freiwillig an A herausgegeben hat, so dass ein Gewahrsamsbruch ausscheidet. Nach der Verkehrsanschauung hat die Bahn den Gewahrsam am Koffer vom Zeitpunkt der Aufgabe desselben bis zu dessen Abholung. Daher scheidet ein Diebstahl des Koffers aus. Fraglich ist, ob dies auch hinsichtlich des Kofferinhaltes gelten kann. Hier könnte argumentiert werden, da der Koffer verschlossen sei, habe W als Schlüsselhaber den Gewahrsam am Inhalt, weil nur er ordnungsgemäß an diesen gelangen könnte. Dagegen allerdings die h. M., die unterscheidet, ob es sich um ein verschlossenes Behältnis handelt, das nach Größe und Gewicht nur schwer fortzuschaffen oder fest mit einem Gebäude verbunden ist. In diesem Fall wird dem Schlüsselhaber der Gewahrsam am Inhalt zugewiesen, während in anderen Fällen (z. B. Koffer) derjenige den Gewahrsam am Inhalt hat, der ihn auch an der äußeren Hülle hat (vgl. *Wessels/Hillenkamp* BT 2 Rn. 95 f.). Danach scheidet auch am Kofferinhalt ein Diebstahl aus

#### 4. § 263 I zum Nachteil des W

Fragl. ist hier, ob eine (konkludente) Täuschung des B durch A angenommen werden kann. Die bloße Entgegennahme einer Leistung stellt allerdings noch nicht die schlüssige Erklärung dar, dass es sich dabei um die einem auch geschuldete handelt, auf die ein Anspruch bestehe. Es handelt sich daher nur um das Ausnutzen einer bereits bestehenden Fehlvorstellung des B, so dass ein Betrug durch positives Tun ausscheiden muss.

#### 5. § 263 I, 13

Nicht unstr. ist, ob Betrug durch Unterlassen überhaupt möglich ist, was allerdings – zu Recht – von h. M. und Rspr. bejaht wird.

Entscheidend ist aber dann die Garantenstellung des A iSv § 13. Aus dem Gepäcktransportvertrag zwischen Bahn und A über seinen Koffer ergeben sich keine Garantenpflichten dafür, Schäden der Bahn durch Fehler, die sie bei der Abwicklung ihrer Herausgabepflicht gegenüber anderen Kunden erleidet, abzuwenden. Insofern kommt nur noch eine Garantenstellung aus Treu und Glauben (ausnahmsweise bei § 263 bejaht) in Betracht (vgl. dazu *Krey/Hellmann/Heinrich* Rn. 516 ff.). Dafür genügt aber nicht bloße Anstößigkeit des Schweigens. Hinzukommen muss vielmehr ein besonderes Vertrauensverhältnis oder eine auf gegenseitigem Vertrauen beruhende Verbindung. Daran fehlt es hier, so dass auch Betrug durch unterlassen ausscheiden muss.

#### 6. § 246 I

Die Manifestation des Zueignungswillens liegt in der Mitnahme des Koffers, nachdem dieser A ausgehändigt worden war. Er spielt quasi den rechtmäßigen Inhaber des Koffers, weil er sich so verhält, wie es der Eigentümer üblicherweise auch getan hätte.

#### 7. § 303 I

Indem A die Schlösser beschädigte, hat er eine Sachbeschädigung begangen. Str. ist, ob dies eine mitbestrafte Nachtat der Unterschlagung ist (so *Fischer* § 303 Rn. 23) oder ob die vorherige Zueignung jeder weiteren Verfügung über die Sache vorgeht, so dass ausschließlich § 246 eingreifen kann (*LK-Wolff*, 11. Aufl. 1992, § 303 Rn. 22).

#### 8. §§ 263 I, II 22 zum Nachteil des W

Zuletzt kommt noch ein versuchter Betrug hinsichtlich des Finderlohnes in Betracht. A möchte W darüber täuschen, dass er den Koffer gefunden hat, um W dazu zu bewegen – einen – nach billigem Ermessen zu berechnenden Finderlohn nach § 971 I 3 BGB – zu bezahlen. Darauf hat A keinen Anspruch, weil er nicht „Finder“ des Koffers ist, was er zu sein vorgibt.

Fraglich ist allerdings, ob sein Vorsatz auch auf das Bewirken eines Vermögensschadens gerichtet ist. W sollte nämlich einen wertvollen Koffer zurückerhalten und dafür nur einen Bruchteil als Finderlohn bezahlen. Nach rein wirtschaftlichem Vermögensbegriff könnte vertreten werden, dass der Herausgabeanspruch (§ 985 BGB) sowieso gegenüber einem Kriminellen nicht durchsetzbar und deshalb auch wertlos ist, so dass die Rückgabe des Koffers durch den Finderlohn kompensiert wird. Doch wird diese Konsequenz regelmäßig nicht gezogen. § 985 BGB wird vielmehr mit dem Kofferwert gleichgesetzt, so dass als Schaden der Finderlohn bleibt. Das gleiche Ergebnis ergibt sich

unproblematisch für die Vertreter des juristisch-ökonomischen Vermögensbegriffes, weil danach zum Vermögen einer Person alle Wirtschaftsgüter, die ihrer rechtlichen Verfügungsmacht unterliegen, bzw. ihr ohne Missbilligung der Rechtsordnung zustehen, gezählt werden. Daher ist hier ein versuchter Betrug anzunehmen. Dieser ist auch nicht bloße Nachtat der Unterschlagung, weil der Schaden aufgrund neuen Tatplanes um den Finderlohn erweitert werden sollte.

## **B. „Tankstellen“-Fall**

### **1. Tatkomplex: Erster Tankvorgang**

#### **I. § 242 I**

A könnte sich für das Betanken ohne Bezahlung eines Diebstahls des Benzins gem. § 242 I strafbar gemacht haben.

#### **1. Tatbestand**

**Objektiv:** A müsste eine fremde bewegliche Sache – vor Einfüllung in den Tank war dies das Benzin – weggenommen haben, d. h. unter Bruch fremden Gewahrsams neuem, nicht unbedingt eigenen Gewahrsam am Benzin begründet haben. Bis zum Tankvorgang war das Benzin im Gewahrsam des T, mit dem Einfließen in den Tank des A dann in dessen Gewahrsam. Von einem Gewahrsamsbruch kann jedoch nur die Rede sein, wenn dieser Gewahrsamsübergang gegen den Willen des vorherigen Gewahrsamsinhabers (T) erfolgte. Daher lässt ein Einverständnis des T bereits den obj. Tatbestand des Diebstahls entfallen; bei Automaten ist von einem solchen Einverständnis des Aufstellers auszugehen, wenn der Automat ordnungsgemäß bedient wird. Daher liegt bei einer mechanisch einwandfreien Betätigung des Zapfhahnes nach h. M. kein Gewahrsamsbruch vor (vgl. *Rengier BT I*, § 2 Rn. 35).

#### **2. Zwischenergebnis**

A hat sich nicht wegen Diebstahls des Benzins strafbar gemacht.

#### **II. § 263 I**

Doch könnte er sich wegen eines Betrugs gem. § 263 I strafbar gemacht haben.

#### **1. Tatbestand**

**Objektiv:** Zum Zeitpunkt des Betankens beging A noch gar keine Täuschung, denn selbst wenn in der Annahme des Benzins die Erklärung liegt, dafür bezahlen zu können, war aus seiner Sicht diese (noch) unwahr. Als Täuschungshandlung kommt daher nur das Wegfahren unter dem Anschein, alles sei ordnungsgemäß bezahlt, in Betracht, doch weder geht es A um einen solchen Anschein, noch erweckt er diesen objektiv. Damit scheidet auch der obj. Betrugstatbestand aus.

#### **2. Zwischenergebnis**

A hat sich auch nicht wegen Betruges strafbar gemacht.

#### **III. § 246 I**

Doch kommt eine Strafbarkeit wegen Unterschlagung gem. § 246 I in Betracht.

#### **1. Tatbestand**

**a) Objektiv:** Zunächst war – wie gezeigt – das Benzin eine für A fremde bewegliche Sache. Mit der Ansichnahme aus dem Automaten ist zwar eine einverständliche Übergabe i. S. v. § 929 BGB erfolgt, doch ist für die Eigentumsbegründung zusätzlich eine dingliche Einigung über den Eigentumsübergang erforderlich, die hier erst konkludent bei Bezahlung der erhaltenen Ware erfolgt. Allerdings könnte gem. §§ 947 f. BGB ein Eigentumsübergang an dem Benzin auch durch Verbindung bzw. Vermischung erfolgt sein. Allerdings entsteht in beiden Fällen regelmäßig Miteigentum, weil bzgl. der Mischung des „alten“ mit dem neu getankten Benzin keine Sache als die Hauptsache anzusehen ist; eine Unterschlagung ist aber auch durch einen Miteigentümer gegenüber dem anderen Miteigentümer möglich (*OLG Koblenz*, NStZ-RR 1998, 364). Dieses Benzin müsste A sich (oder – was hier nicht in Betracht kommt – einem Dritten) zugeeignet haben; indem er mit dem Benzin von der Tankstelle wegfährt, zeigt er nach außen, es sei nunmehr seines. Darin liegt die obj. Manifestation des Zueignungswillens. Da A auch keinen Anspruch auf das Benzin ohne Bezahlung hat, ist diese auch rechtswidrig.

**b) Subjektiv:** A handelte vorsätzlich in Bezug auf alle o. g. Merkmale des obj. Tb.

**2. RW und Schuld** sind gegeben. Mithin hat sich A wegen Unterschlagung des Benzins gem. § 246 I strafbar gemacht (vgl. *Rengier* BT I § 5 Rn. 6).

## **2. Tatkomplex: Zweiter Tankvorgang**

### **I. § 263 I**

#### **1. Tatbestand**

**Objektiv:** Indem A als Kunde auftritt und sich wie ein solcher verhält, bringt er durch schlüssiges Verhalten zum Ausdruck, dass er das Benzin nach dessen Erhalt bezahlen werde. Darin liegt eine konkludente Täuschung (*BGH*, NJW 1983, 2827). Dadurch müsste kausal ein Irrtum des T hervorgerufen worden sein. Dagegen spricht, dass T den Vorgang gar nicht bemerkt hat und sich deswegen auch nicht der Fehlvorstellung, A werde das erhaltene Benzin schon noch bezahlen, hingegeben hat (vgl. *BGH* aaO). Ein darauf gerichtetes gedankliches Mitbewusstsein dürfte nur anzunehmen sein, wenn T den A bemerkt hat, sich aber keine positiven Gedanken gemacht hat, dass A bezahlen werde, sondern nur quasi nebenher davon ausgegangen ist, es sei alles in Ordnung und A werde bezahlen.

#### **2. Zwischenergebnis**

A hat sich nicht wegen vollendeten Betrugs strafbar gemacht.

### **II. §§ 263 I, II, 22**

Doch könnte er sich wegen versuchten Betrugs – strafbar gem. § 263 II – strafbar gemacht haben.

#### **1. Tatbestand**

**a) Tatentschluss:** A hatte Vorsatz, bei T durch seine konkludente Täuschung den Irrtum zu erregen, er werde bezahlen. Aufgrund dessen hätte T eine Vermögensverfügung, das Gestatten des Selbsteinfüllens des Benzins, vornehmen sollen und dadurch einen Vermögensschaden i. H. des Wertes des Benzins erleiden sollen. Schließlich handelte A auch mit der erforderlichen Bereicherungsabsicht, denn er wollte sich – rechtswidrig, da ohne fälligen und einredefreien Anspruch darauf – um den Wert des Benzins bereichern,

indem er die Kosten sparte.

**b) Unmittelbares Ansetzen:** Indem A bereits die Täuschungshandlung als ersten Teil der Tatbestandsausführungshandlung vorgenommen hat, hat er zum Betrug unmittelbar angesetzt i. S. v. § 22.

**2. RW und Schuld** sind gegeben. Mithin hat sich A wegen versuchten Betrugs strafbar gemacht. Das unmittelbar anschließende Wegfahren stellt zwar wieder eine Unterschlagung dar (§ 246 I); da es sich nicht um die Tathandlung des Betrugs handelt, greift die Subsidiaritätsklausel des § 246 I a. E. auch nicht, doch handelt es sich bei der erneuten Zueignung der betrügerisch erlangten Sache um eine mitbestrafte Nachtat, so dass neben dem versuchten Betrug keine Strafbarkeit wegen Unterschlagung gegeben ist.

## Untreue, Betrugs- und Untreueähnliche Delikte

### I. Untreue, § 266:

#### 1. Die Untreuetatbestände

**a) Rechtsgut:** Der Tatbestand der Untreue schützt allein das von dem Täter betreute Vermögen; eine Bereicherung(sabsicht) des Täters ist nicht erforderlich, so dass auch Schädigungen des Vermögens erfasst werden, die niemandem zugute kommen (Geld wegwerfen, Firmenwagen kaputt fahren).

**b) Tatbestandsstruktur:** § 266 I umfasst zwei Tatbestände:

- **Missbrauchstatbestand** (Alt. 1)
- **Treubruchtatbestand** (Alt. 2).

Das Verhältnis zwischen beiden Untreue-Tatbeständen ist umstr., weil sprachlich aus § 266 I nicht klar hervorgeht, ob auch der Missbrauchstatbestand die gleiche Vermögensbetreuungspflicht des Täters voraussetzt. Bejaht man dies mit der h. M., ist der Missbrauchstatbestand ein Spezialfall des allgemeineren Treubruchtatbestands. In jedem Fall sollte man im Gutachten mit der Prüfung des Missbrauchstatbestandes beginnen und nur, wenn man diesen verneint, den Treubruchtatbestand prüfen.

Beiden Tatbeständen gemeinsam ist in jedem Fall, dass durch die Tathandlung dem Opfer als Taterfolg ein **Vermögensnachteil** zugefügt worden sein muss. Dieser Vermögensnachteil entspricht inhaltlich dem Vermögensschaden bei §§ 253, 263. Eine Nachteilszufügungsabsicht setzt § 266 I nicht voraus, doch muss der Nachteil dem Opfer entstanden sein, denn § 266 kennt keine Versuchsstrafbarkeit.

**c) Systematik:** Die Untreue kennt weder eine Qualifikation noch eine tatbestandliche Privilegierung. Durch die Verweisung in § 266 II werden allerdings die **Regelbeispiele des § 263 III** samt des unbenannten besonders schweren Falles übernommen, sofern es sich nicht um einen nur geringwertigen Nachteil (Verweis auch auf § 243 II) handelt. Verwiesen wird schließlich auch auf §§ 247, 248a, so dass eine Untreue unter Familienangehörigen oder mit nur geringem Vermögensnachteil einen Strafantrag erfordert.

**d) Täterschaft und Teilnahme:** § 266 ist **Sonderdelikt**; der Täter muss in seiner Person alle Merkmale der Vermögensbetreuungspflicht erfüllen. Eine an der Tatbestandverwirklichung mitwirkende nicht sonderpflichtige Person kann daher nur wegen Anstiftung oder Beihilfe zur Untreue strafbar sein (§§ 26, 27).

**e) Subjektive Tatseite:** Die Untreue ist ein **Vorsatzdelikt** (§ 15); mangels expliziter Fahrlässigkeitsstrafbarkeit ist eine auch grob „fahrlässige Untreue“ nicht strafbar. Alle obj. Tatbestandsmerkmale müssen mithin von mind. bed. Vorsatz umfasst sein; eine darüber hinausgehende Absicht ist – anders als bei § 263 (Bereicherungsabsicht) – nicht erforderlich.

**f) Rechtfertigungsgründe:** Da die Einwilligung des Vermögensinhabers in eine Tathandlung bereits den Tatbestand entfallen lässt, stellt sie keinen eigenständigen Rechtfertigungsgrund dar.

**g) Unterlassen:** Da beide Tatbestände des § 266 I nach h. M. eine Vermögensbetreuungspflichtverletzung voraussetzen, können sie gleichermaßen durch Tun oder Unterlassen erfüllt werden; ein Rekurs auf die Entsprechungsklausel des § 13 I a. E. ist unnötig, doch handelt es sich bei § 266 um ein unechtes, nicht um ein echtes (so aber z.B. Schönke/Schröder-*Eisele* Vor § 13 Rn. 137), Unterlassungsdelikt (Heger, in: Lackner/Kühl § 266 Rn. 2).

## 2. Der Missbrauchstatbestand

Der Täter **überschreitet** bei einer **im Außenverhältnis** zu einem Vertragspartner **rechtlich wirksamen Handlung die Grenzen seines „rechtlichen Dürfens“ im Innenverhältnis** gegenüber dem Geschäftsherrn (für den er handelt); m. a. W.: der Täter zwingt dem Geschäftsherrn ein für diesen nachteiliges Rechtsgeschäft auf. Der Täter **muss** mithin in der Missbrauchsvariante **rechtsgeschäftlich handeln**; bloß faktische Schädigungen des Vermögens des Geschäftsherrn begründen allenfalls den Treubruchstatbestand.

### a) Tatbestandsmerkmale

- Verfügungs- oder Verpflichtungsbefugnis des Täters
- Missbrauch dieser Befugnis
- Vermögensbetreuungspflicht (so die h. M.)
- Vermögensnachteil

**b) Verfügungs- oder Verpflichtungsbefugnis:** Der Täter muss eine **nach außen rechtswirksame Befugnis** haben; der Rechtsgrund für diese Befugnis ist gleichgültig (Gesetz, Vollmacht etc.). Mangels rechtlichen Bestandes der Befugnis genügt allerdings **nicht eine bloße Rechtsscheinsvollmacht** (Duldungs- oder Anscheinsvollmacht), denn diese begründet gerade keine rechtliche Befugnis, sondern dient nur dem Verkehrsschutz des gutgläubigen Vertragspartners.

**c) Missbrauch dieser Befugnis:** Dafür müssen einerseits die im Innenverhältnis vom Geschäftsherrn gezogenen oder anderweitig begründeten Grenzen des rechtlichen Dürfens überschritten worden sein; andererseits muss die Überschreitung der Grenzen im Außenverhältnis zu einem wirksamen Verpflichtungs- oder Verfügungsgeschäft geführt haben. Daran fehlt es etwa, wenn das Verpflichtungsgeschäft gem. §§ 134, 138 BGB nichtig ist und der Mangel entgegen § 140 BGB ausnahmsweise auf das Verfügungsgeschäft durchschlägt (so bei Vereinbarung und Zahlung eines Bestechungsgeldes).

Da der Geschäftsherr grundsätzlich selbst bestimmen kann, welche Geschäfte sein Bevollmächtigter mit seinem Vermögen vornehmen darf und welche Grenzen er dabei in concreto zu beachten hat, bewirkt das Einverständnis des Geschäftsherrn bereits, dass der Täter sich im Innenverhältnis nicht außerhalb des „rechtlichen Dürfens“ bewegt und mithin keinen Befugnismissbrauch vornimmt; nach anderer Ansicht fehlt es bei Einwilligung des Geschäftsherrn an einer Pflichtverletzung des Täters.

Die Einwilligung des Geschäftsherrn lässt daher grundsätzlich bereits den Tatbestand und nicht erst die Rechtswidrigkeit entfallen (h. M.; anders *BGHSt* 9, 203, 216). Anders als in den Normalfällen eines tatbestandsausschließenden Einverständnisses (z. B. des Hausrechtsinhabers bei § 123) ist die tatbestandsausschließende Einwilligung bei § 266 – wie bei der rechtfertigenden Einwilligung – jedoch abhängig davon, dass sie frei von Willensmängeln erteilt wurde. Daher muss der Täter den Geschäftsherrn vor der Vornahme eines riskanten Geschäfts mit dessen Vermögen über das Risiko aufklären.

**d) Vermögensbetreuungspflicht:** Die h. M. nimmt an, dass auch der Missbrauchstatbestand nur von demjenigen verwirklicht werden kann, der eine Vermögensbetreuungspflicht wie – unstreitig – beim Treubruchstatbestand hat. Danach müsste die Vermögensbetreuungspflicht nicht nur fremdnützig sein, sondern auch eine Hauptpflicht von einigem Gewicht darstellen. Dagegen wird vereinzelt auf das Erfordernis einer Vermögensbetreuungspflicht des Täters beim Missbrauchstatbestand verzichtet. Eine vermittelnde Ansicht fordert zwar für beide Tatbestandsalternativen eine Vermögensbetreuungspflicht, stellt aber an diese für den Missbrauchstatbestand geringere Anforderungen und lässt hier die Fremdnützigkeit der Vermögensfürsorge

ausreichen, ohne dass es sich bei der Pflicht zur Vermögensfürsorge um eine Hauptpflicht von einigem Gewicht handeln muss.

**e) Vermögensnachteil** = Vermögensschaden bei § 263; darf nicht mit dem Pflichtwidrigkeitsmerkmal verschliffen werden („Verschleifungsverbot“; BVerfGE 126, 170, 198).

### **3. Treubruchstatbestand**

#### **a) Tatbestandsmerkmale**

- Vermögensbetreuungspflicht des Täters
- Verletzung dieser Pflicht
- Vermögensnachteil

#### **b) Vermögensbetreuungspflicht:** Kriterien für die Vermögensbetreuungspflicht:

- Hauptpflicht (nicht bloße Nebenpflicht)
- Handlungs-, Entscheidungs- und Ermessenspielraum (v. a. aufgrund besonderer Fachkunde als Anlageberater etc.)
- Der Inhalt der Hauptpflicht muss von nicht unerheblicher wirtschaftlicher Bedeutung sein; umgekehrt bewirken allerdings weder großer Umfang noch lange Dauer einer Pflicht deren Qualifizierung zur Vermögensbetreuungspflicht.

**c) Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht:** Mit einer rechtsgeschäftlichen oder hier auch rein faktischen Handlung, Duldung oder Unterlassung muss der Täter seine Vermögensbetreuungspflicht verletzt haben; daran fehlt es, wenn die schädigende Tathandlung auch unabhängig von der Pflichtenstellung des Täters durch jedermann vorgenommen werden könnte (z. B. Prokurist fährt mit seinem Pkw aus Verärgerung gegen die Schaufensterscheibe seines Arbeitgebers).

**4. Konkurrenzen:** Nach h. M. ist der Missbrauchstatbestand lex specialis zum Treubruchtatbestand, doch hängt dieses Verhältnis entscheidend davon ab, ob man für beide Untreuetatbestände die gleiche Vermögensbetreuungspflicht fordert oder nicht. In jedem Fall sollte man – wenn beide Alternativen in Betracht kommen – mit der Prüfung von § 266 I Alt. 1 beginnen.

Aufgrund der Subsidiaritätsklausel tritt § 246 I hinter § 266 zurück; beim Zusammentreffen von § 266 I mit § 246 II greift – außer bei besonders schweren Fällen der Untreue (§ 266 II i. V. m. § 263 III) – angesichts gleicher Strafrahmen die gesetzliche Subsidiaritätsklausel nicht, so dass umstr. ist, ob zwischen beiden Delikten Tateinheit anzunehmen ist oder § 246 II im Wege der Konsumtion als mitbestrafte Begleitstat hinter § 266 I zurücktritt. Bleibt die Tat im Versuchsstadium stecken, ist nur §§ 246 III, 22 gegeben, mangels Versuchsstrafbarkeit hingegen keine Untreue, so dass die (Versuchs-)Tat auch nicht i. S. v. § 246 I a. E. „mit schwerer Strafe bedroht ist“.

**5. Exkurs: Veruntreuung, § 246 II:** Begrifflich mit der Untreue verwandt ist die Veruntreuung einer anvertrauten Sache als qualifizierter Fall der Unterschlagung (§ 246 II). Das Anvertrautsein der Sache ist hier – wie die Vermögensbetreuungspflicht bei § 266 – besonderes persönliches Merkmal, das aber angesichts von § 246 I die Strafe nur schärft (§ 28 II), nicht – wie bei § 266 – begründet (§ 28 I). Es setzt – anders als bei § 266 die Vermögensbetreuungspflicht – kein besonderes Treueverhältnis voraus, sondern lediglich, dass die Sache dem Täter in dem Vertrauen überlassen wurde, er werde die Gewalt darüber nur im Sinne des Überlassenden ausüben (z. B. beim Verkauf unter Eigentumsvorbehalt).

Ist die Sache als Vermögensgegenstand einem Vermögensbetreuungspflichtigen überlassen worden und eignet sie dieser etwa abredewidrig sich oder einem Dritten zu, ist tatbestandlich sowohl § 246 II als auch § 266 I gegeben.



## II. Missbrauch von Scheck- und Kreditkarten, § 266b

**1. Rechtsgut:** Dieser Tatbestand dient der Schließung von Lücken im Vermögensstrafrecht bei der Verwendung von Scheck- und Kreditkarten (§§ 263, 266) und schützt daher jedenfalls das **Vermögen des Kartenausstellers**, nach einer Ansicht wegen der Beschränkung auf wichtige Instrumente des **unbaren Zahlungsverkehrs** daneben auch diesen (so *BGHSt* 47, 160, 168). Dieses zweite mitgeschützte Rechtsgut hat zur Folge, dass auf Konkurrenzebene § 266b nicht hinter § 263 zurücktritt, sondern Idealkonkurrenz anzunehmen ist, weil nur so der mit dem Betrug einhergehende Angriff auf den unbaren Zahlungsverkehr ausgedrückt werden kann (Klarstellungsfunktion der Idealkonkurrenz). Gegen die Annahme des Universalrechtsguts „unbarer Zahlungsverkehr“ könnte allerdings das Antragerfordernis des § 266b II i. V. m. § 248a angeführt werden, doch dürfte ein Scheck- oder Kreditkartenmissbrauch mit nur geringem Schaden auch nicht den unbaren Zahlungsverkehr als solchen gefährden können.

**2. Tatbestandsstruktur:** Strukturell erinnert § 266b I an den Missbrauchstatbestand des § 266 I Alt. 1, verlangt jedoch – anders als dieser nach h. M. – keine Vermögensbetreuungspflicht des Täters (die bloße Ausgabe einer Scheck- oder Kreditkarte begründet eine solche Hauptpflicht von einigem Gewicht gegenüber der ausstellenden Bank auch nicht). Wie die Untreue setzt § 266b strukturell ein Dreiecksverhältnis zwischen dem Aussteller, dem Täter und dessen Vertragspartner, der die Karte als Zahlungsmittel akzeptiert, voraus; daher ist **§ 266b nur im Drei-Partner-Verhältnis** anwendbar (z. B. Bank- und Kreditkarten), wenn der Aussteller der Karte gegenüber dem Dritten eine Garantieverpflichtung übernommen hat; **nicht dagegen im Zwei-Partner-Verhältnis**, wenn der Täter eine von seinem Partner erhaltene Kundenkarte zur Zahlung diesem gegenüber einsetzt (z. B. Zahlung bei IKEA mit der IKEA-Card), da diese nur eine Täuschung über den Umfang eines vom Partner eingeräumten Kredits mit sich bringen (strafbar gem. § 263).

Umstr. war die strafrechtliche Behandlung des **Einsatzes einer Scheckkarte als Codekarte zur Abhebung an Bankautomaten**. Nach *BGHSt* 47, 160, 168 erfasst § 266b die missbräuchliche Geldabhebung an Automaten fremder Banken, nicht jedoch auch an denen des kartenausgebenden Kreditinstituts, weil insoweit kein Drei-Partner-Verhältnis gegeben ist.

**3. Täterkreis:** Wie die Untreue ist § 266b **Sonderdelikt** (§ 28 I); Täter kann **nur der berechnete Karteninhaber** sein, weil nur ihm die Möglichkeit eingeräumt ist, den Aussteller zur Zahlung zu verpflichten. Benutzt ein Nichtberechtigter die Karte gegenüber einem Menschen ist eine Strafbarkeit gem. § 263 nahe liegend, an einem Automat § 263a.

**4. Tathandlung:** Wie bei der Untreue besteht der Missbrauch bei § 266b I in einer nach außen aufgrund der Garantieerklärung des Kartenausstellers für Dritte wirksamen Überschreitung der im Innenverhältnis zum Täter (zumeist aufgrund des Kreditkartenvertrags) bestehenden Pflichten; ein andersartiger Missbrauch der Karte z. B. durch unbefugte Weitergabe an einen Nichtberechtigten gehört nicht hierher.

## III. Erschleichen von Leistungen, § 265a

**1. Systematik:** § 265a schützt wie § 263 das **Vermögen** und ist ein Auffangtatbestand, wenn z. B. bei der Benutzung von Leistungsautomaten oder Beförderungsmitteln mangels persönlicher Kontrollen ein Betrug o. ä. ausscheidet. Deswegen ist § 265a jedenfalls **gegenüber schwerer strafbewehrten Eigentums- und Vermö-**

**gensdelikten subsidiär** (nach der Rspr. wohl sogar gegenüber Delikten mit anderer Schutzrichtung wie z. B. § 224).

## 2. Tatbestand

### a) Tatobjekte:

- **Leistung eines Automaten**, wobei umstr. ist, ob nur Leistungsautomaten (so hM; damit scheidet etwa die Manipulation eines Zigarettenautomats aus, doch kann eine Strafbarkeit aus §§ 242, 263, 263a begründet sein) oder auch Warenautomaten erfasst sind, oder eines Telekommunikationsnetzes
- **Beförderung durch ein Verkehrsmittel**
- **Zutritt zu einer Veranstaltung/Einrichtung**

Die erschlichene **Leistung etc. muss entgeltlich** sein.

**b)Tathandlung: Erschleichen** einer dieser Leistungen, wobei allerdings umstr. ist, ob und in welchen Tatbestandsvarianten ähnlich wie bei § 263a ein täuschungsähnliches Verhalten des Nutzers erforderlich ist.

**c) Absicht, Entgelt nicht (vollständig) zu entrichten**

## V. Fälle

**Fall 1: Eisenbahner – BGHSt 13, 315:** A verwaltete den Fahrkartenschalter bei der Deutschen Bahn allein. Seine Aufgabe bestand im Verkauf von Fahrkarten an Bahnreisende. Von diesen kassierte A jeweils den ordnungsgemäßen Fahrpreis. Zweimal monatlich musste er mit der Sammelkasse abrechnen. Zur Begleichung persönlicher Schulden änderte er das Ablieferungsbuch und behielt Geld für sich. Strafbarkeit nach § 266 I Alt. 1 oder 2 oder „nur“ § 246?

**Fall 2: Prokurist.** T ist Prokurist der G-GmbH; um dieser einen lukrativen öffentlichen Auftrag zu sichern, besticht er den für die Auftragsvergabe zuständigen Amtsträger A mit Geldern der G. T geht dabei davon aus, dass G bei der Abwicklung des Auftrags einen satten Gewinn einstreichen wird. Da die Bestechung vor Auftragsvergabe bekannt wird, bekommt allerdings G den Auftrag nicht; A weigert sich unter Hinweis auf § 817 S. 2 BGB, das erhaltene Geld zurückzubezahlen. Untreue?

**Fall 3: FDJ – BGHSt 8, 254 (= Kühl HRR-BT, Nr. 70):** A ist seit 1949 Schatzmeister der FDJ in Ostberlin und erhält von der SED 150.000 DM, um es vor der Bundestagswahl 1953 für illegale staatsfeindliche Agitation in Westdeutschland einzusetzen. Mit dem Geld flieht er nach Westberlin und verbraucht es dort für sich. Strafbarkeit wegen Untreue?

**Fall 4: Unternehmensspende – BGHSt 47, 187:** Landesminister S ist Präsident des Fußballklubs FC in seiner Heimatstadt und soll Aufsichtsratsvorsitzender der landeseigenen L-AG werden, deren Vorstandsvorsitzender K ist. Vor und nach Übernahme des Aufsichtsratsvorsitzes tritt er jeweils an K heran und bittet diesen um Spenden der L-AG für den „klammen“ FC. K wendet daraufhin für die L-AG dem FC jeweils 20.000 DM zu, ohne dass irgendeine Gegenleistung etwa in Form einer Werbeaktion des FC für die L-AG stattfindet. Die L-AG ist ihrerseits wirtschaftlich von Zuwendungen aus Landesmitteln abhängig. Untreuestrafbarkeit von K und S für die Zuwendung vor bzw. nach der Bestellung des S zum Aufsichtsratsvorsitzenden der L-AG?

**Fall 5: Mannesmann – BGHSt 50, 331 m. Bspr. Kudlich, JA 2006, 171 (gegen LG Düsseldorf, NJW 2004, 3275, 3285: Komplex „Funk“, dazu u. a. Jakobs, NStZ 2005, 276):** Im Zuge der Übernahme der Mannesmann AG durch Vodafone beschließt das dafür zuständige dreiköpfige Aufsichtsratspräsidium der Mannesmann AG u. a. dem früheren Vorstandsvorsitzenden F eine nach dem Aktiengesetz nicht zulässige Anerkennungsprämie von 3 Mio. € zu bezahlen. An der Beschlussfassung hierüber wirken A und Z mit; F, ebenfalls Mitglied dieses Gremiums, nimmt als befangenes Mitglied nicht teil. Das Aufsichtsratspräsidium ist beschlussfähig, wenn zwei Personen mit-

stimmen; für eine Entscheidung genügt die einfache Mehrheit. A stimmt für die Gewährung der Prämie, Z enthält sich. Der amtierende Vorstandsvorsitzende E fertigt das Beschlussprotokoll, das schließlich der Auszahlung an F zugrunde gelegt werden sollte. Alle vier halten die Gewährung der Prämie für vom Aktienrecht gedeckt und sehen von der Einholung von Rechtsrat ab. Strafbarkeit von A und Z wegen Untreue in einem besonders schweren Fall sowie von E wegen Beihilfe?

**Fall 6: Geldautomaten – BGHSt 47, 160:** A eröffnet unter Vorlage eines gefälschten Personalausweises ein Konto und hebt danach mithilfe seiner Geldkarte an Automaten der kontoführenden Bank und anderer Geldinstitute unter Überziehung seines Kontos Geld ab, ohne einen Ausgleich zu beabsichtigen. Strafbarkeit wegen §§ 263, 263a, 266, 266b?

## Exkurs: Konkurrenzen

Hinweis: Die Frage nach den Konkurrenzen stellt sich nur und erst nach Bejahung von zwei oder mehr Tatbeständen des Kern- und/oder Nebenstrafrechts durch eine Person, sei es, dass der Täter verschiedene Tatbestände oder den denselben Tatbestand mehrfach rechtswidrig und schuldhaft verwirklicht hat (*Kühl AT 21/1*).

### I. Abgrenzung von Tateinheit und Tatmehrheit (§§ 52, 53)

- **Tateinheit** (*Idealkonkurrenz*, § 52) kommt immer dann in Betracht, wenn der Täter mit *einer* Handlung mehrere Tatbestände verwirklicht und diese nicht hinter einen der Tatbestände zurücktreten (zB wegen Spezialität oder Subsidiarität).
- **Tatmehrheit** (*Realkonkurrenz*, § 53) liegt vor, wenn jemand „mehrere Straftaten begangen“, d. h. durch mehrere selbständige Handlungen verschiedene Strafgesetze (*ungleichartige Tatmehrheit*, zB zwei Körperverletzungen nacheinander gegen eine Person oder verschiedene Personen) oder dasselbe Strafgesetz mehrmals (*gleichartige Tatmehrheit*, zB erst Körperverletzung, dann Betrug) verletzt hat (*Ebert AT S. 228*).

### II. Erscheinungsformen

#### 1. Tateinheit

Voraussetzung für die Annahme von *Tateinheit* (*Idealkonkurrenz*, § 52) ist, dass wenigstens zwei Straftatbestände nebeneinander verwirklicht sind, von denen nicht der einen gegenüber dem anderen zurücktritt (dazu unten); in letzterem Falle macht sich der Täter nämlich nur wegen der Haupttat strafbar, während bei Tateinheit die tateinheitliche Strafbarkeit wegen zwei oder mehr Tatbeständen festgestellt wird.

#### **Erscheinungsformen der Handlungseinheit:**

**a) Natürliche Handlung** bzw. **Handlung in einem natürlichen Sinne:** Soweit der Täter mit einer einzigen Handlung mehrere Straftatbestände nebeneinander (oder auch einen mehrfach gegenüber verschiedenen Rechtsgutsträgern) verwirklicht, ist immer § 52 anzuwenden.

**b) Natürliche Handlungseinheit:** durch solch unmittelbaren Zusammenhang zwischen mehreren strafrechtlich erheblichen Verhaltensweisen gekennzeichnetes Verhalten, dass sich das gesamte Tätigwerden (objektiv) auch für einen Dritten bei natürlicher Betrachtungsweise als ein einheitliches zusammengehöriges Tun darstellt (*BGHSt 4, 220*). *Voraussetzungen:*

- gleichartige Begehungsweise,

- unmittelbarer räumlicher und sachlicher Zusammenhang der Teilakte,
- einheitliche Willensbetätigung und
- Vorgang muss sich für Dritten als erkennbar als zusammengehöriges, einheitliches Tun darstellen.

**c) Rechtliche Handlungseinheit:** Hier beruht die Annahme einer Handlungseinheit auf rechtlicher Betrachtungsweise. Unterfälle:

- *Tatbestandliche Handlungseinheit* (zB bei mehraktigen Delikten [zB § 249: Gewalt/Drohung + Wegnahme], Dauerdelikten [zB § 239: Freiheitsberaubung dauert längere Zeit an]). Angewandt wird der Begriff einer tatbestandlichen Handlungseinheit auch auf eine sukzessive Tatausführung, bei der der Täter mit mehreren Versuchsakten zur Tatausführung ansetzte, ohne dass der Erfolg eingetreten wäre (vgl. *BGHSt* 41, 368); Tateinheit liegt dann vor, wenn der Täter nach den Grundsätzen über den Rücktritt vom Versuch noch strafbefreiend zurücktreten könnte (vgl. *Kühl* AT 21/25a).
- *Fortgesetzte Tat* (in der Folge von *BGHSt* 40, 138 fast gänzlich aufgegeben).
- *Handlungseinheit bei partieller Handlungsidentität*, wenn sich Tatbestandsausführungshandlungen, die zur Verwirklichung verschiedener Straftatbestände führen, teilweise decken (zB Gebrauch einer verfälschten Urkunde [§ 267 I Alt. 3] als Täuschungshandlung [§ 263 I]). Hierher gehört auch die Frage nach der Klammerwirkung eines dritten Straftatbestandes (zB § 316 bei einer Trunkenheitsfahrt, während der Straftaten begangen werden; Ordnungswidrigkeiten entfalten keine Klammerwirkung für Straftatbestände!), die von der Rspr. nur bejaht wird, wenn das klammernde Delikt nicht das „schwächste Glied in der Kette ist“ (eines der verklammerten Delikte muss mithin schwächer als das klammernde sein, *BGH* NSTZ-RR 2005, 262 mit Anm. *Kudlich* JuS 05, 383: §§ 255, 251 können daher keine Morde [§ 211] verklammern.). I. ü. soll nach Rspr. die teilweise Identität auch erst im Stadium zwischen Vollendung und Beendigung möglich sein.

## 2. Gesetzeskonkurrenz

**a) Spezialität:** Dafür muss ein Tatbestand (evtl. erst nach Auslegung seines Inhalts) vollständig in einem anderen Tatbestand, der noch weitere Voraussetzungen enthält, enthalten sein (so verdrängt § 249 den § 242; § 240 tritt hinter § 113 zurück; § 216 ist *lex specialis* zu § 212, nach hL ebenso § 211 gegenüber § 212).

**b) Subsidiarität:** Diese kann ausdrücklich im Gesetz angeordnet sein (zB in §§ 246 I, 248b I, 265 I, 316) oder sich materiell ergeben (vgl. *Kühl* AT 21/54 ff.).

**c) Konsumtion:** Aufgrund wertender Betrachtung werden typische Begleitdelikte durch das „Hauptdelikt“ verdrängt (zB § 123 durch §§ 243 I Nr. 1, 244 I Nr. 3 nF [nach neuester Rspr soll dies aber nicht mehr gelten]; § 242 bzgl. des Benzins durch § 248b), weil deren Unwert den der Begleittat bereits mitumfasst hat.

## 3. Mitbestrafte Vor- und Nachtaten

Auch bei diesen ist der Unrechtsgehalt bereits durch die Bestrafung der in erster Linie strafwürdigen Haupttat abgegolten (zB [Sicherungs-]Betrug nach strafbarer Erlangung einer fremden Sache durch Diebstahl).

## III. Täterschaft und Teilnahme

Bei Mittäterschaft/mittelbarer Täterschaft entscheidet sich die Frage nach Tateinheit/mehrheit allein nach dem Beitrag des einzelnen Tatbeteiligten: Fördert der Hintermann mit nur EINEM Tatbeitrag mehrere Einzeltaten der Vorderleute, so greift § 52 (*BGH* StV 2002, 73). Das gleiche gilt für den Anstifter oder Gehilfen, der nur eine Anstiftung bzw. Hilfeleistung zu mehreren Taten erbringt (vgl. *BGHSt* 49, 306, 316).

#### IV. Sonderfall: Wahlfeststellung

Voraussetzungen (ausführlich *Baumann/Weber/Mitsch* AT<sup>11</sup> § 10; *Kühl* AT 21/68):

- Nach Würdigung aller Beweismittel muss feststehen, dass der Täter jedenfalls einen von beiden Straftatbeständen verwirklicht hat,
- die wahldeutigen Tatvorwürfe müssen **rechtsethisch und psychologisch vergleichbar** sein (verneint zB zwischen § 323a und Rauschta, § 242 und § 263; bejaht dagegen für § 242 und § 259 [vgl. *Jescheck/Weigend* AT<sup>5</sup> § 16 Fn. 22, 23]). Ohne weiteres zulässig ist Wahlfeststellung, wenn es nur um die Wahl zwischen zwei möglichen Tatbestandsalternativen geht (zB bei § 211 Mordlust oder niedrige Beweggründe). Ist eine Wahlfeststellung zulässig, so ist das mildere Gesetz anzuwenden. Im einzelnen ist allerdings str., wann nicht der Grundsatz in dubio pro reo Vorrang hat.

#### V. Prozessuale Folge: Strafklageverbrauch

*Prozessuale Wirkungen* von Tateinheit, insbes. *Strafklageverbrauch* („ne bis in idem“), vgl. Art. 103 III GG und § 264 StPO für nationale Sachverhalte, Art. 54 SDÜ und Art. 50 GRCh für Strafklageverbrauch innerhalb der EU: Keiner darf wegen *einer* Tat mehrfach bestraft werden. Grundsätzlich orientiert sich die *Tat im prozessualen Sinne* am Begriff der *Tateinheit* im materiellen Sinne (Ausnahmen: keine Tat im prozessualen, wohl aber im materiellen Sinne sind die Organisationsdelikte [zB § 129], so dass eine Verurteilung wegen Mitgliedschaft in einer kriminellen Vereinigung nicht einer weiteren wegen der Beteiligung an durch die Vereinigung begangenen Delikten [zB Mord] entgegensteht; andererseits soll trotz Tatmehrheit iSv § 53 bei Annahme einer Zäsurwirkung eines Unfalls im Straßenverkehr von nur einer Tat im prozessualen Sinne auszugehen sein, so dass eine Bestrafung wegen unerlaubten Entfernens vom Unfallort gem. § 142 ein erneutes Strafverfahren wegen der zum Unfall führenden gefährlichen Fahrweise gem. § 315c ausschließt).

## Delikte im Vorfeld von Raub und Erpressung

Strukturell handelt es sich bei §§ 239a I Alt. 1, 239b I Alt. 1, 316a um **unvollkommen zweiaktige Delikte**, bei denen die Begehung einer Erpressung etc. nur beabsichtigt ist (= dol. dir. I); einzige erforderliche **Tathandlung** ist dagegen nur eine **vorgelagerte Handlung** (Entführung, Sich-Bemächtigen, Angriff auf Leib, Leben und Entschlussfreiheit). Probleme ergeben sich aus dem gegenüber den intendierten, aber noch nicht verwirklichten Delikten **sehr hohen Strafrahmen** und dem sehr weit **vorverlagerten Vollendungszeitpunkt** (Abschluss des Sich-Bemächtigen etc.), der einen strafbefreienden Rücktritt vom Versuch gem. § 24 ausschließt (bei §§ 239a f. besteht immerhin die Möglichkeit einer Strafmilderung wegen tätiger Reue, § 239a IV). Die **Ausnutzungs-Varianten** der §§ 239a I Alt. 2, 239b I Alt. 2 bilden **zweiaktige Erfolgsdelikte**, bei denen der Täter zunächst für das Opfer eine „Entführungs“-Lage schafft und diese danach zur Erpressung ausnutzt.

Alle drei Tatbestände sehen – wie § 251 – eine **Erfolgsqualifikation bei wenigstens leichtfertiger** (= grob fahrlässiger) **Todesverursachung** vor (§§ 239a III [i. V. m. § 239b II], 316a III); abweichend von § 18 genügt damit für den Todeseintritt nicht jede Form von Fahrlässigkeit.

### I. Erpresserischer Menschenraub und Geiselnahme, §§ 239a, 239b

#### 1. Rechtsgut

§§ 239a, 239b schützen primär die **persönliche Freiheit und Unversehrtheit des Opfers**, daneben die **persönliche Freiheit des Dritten**, dessen Sorge ausgenutzt werden soll; **§ 239a** schützt schließlich **auch das Vermögen**.

#### 2. Tatbestandssystematik

§§ 239a, b enthalten jeweils einen **Entführungstatbestand (Alt. 1)**, der das Entführen und Sich-Bemächtigen als Tathandlung mit einer überschießenden Absicht kombiniert, sowie einen **Ausnutzungstatbestand (Alt. 2)**, der das Ausnutzen dieser Lage zu einer Erpressung oder qualifizierten Nötigung als Tathandlung vorsieht und daher keine überschießende Innentendenz aufweist. In der (Fall-)Praxis überwiegt der strukturell kompliziertere Entführungstatbestand.

#### 3. Entführungstatbestand

##### a) Tathandlungen:

**aa) Entführen:** Verbringen des Opfers an einen anderen Aufenthaltsort mit der Wirkung, dass es dem ungehemmten Einfluss des Täters ausgesetzt ist. Die Ortsveränderung muss **gegen den Willen des Opfers bzw. des Personensorgeberechtigten** erfolgen. **Entführungsmittel** sind **Drohung, Gewalt oder List**.

**bb) Sich-Bemächtigen:** Begründung eigener **physischer Herrschaft** i.S. von Verfügungsgewalt über den Körper eines anderen ohne notwendige Ortsveränderung; hierfür kann das In-Schach-Halten mit einer (auch Schein-)Waffe genügen.

##### b) subj. Tatbestand:

Hinsichtlich der **Tathandlung** (Entführen, Sich-Bemächtigen) genügt **bed. Vorsatz** (§ 15); dazu muss die **Absicht** (dol. dir. I) kommen, **diese Lage** zu einer (ggf., aber nicht notwendig qualifizierten) Erpressung (bei § 239a; nach *BGH*, NStZ 2002, 31 auch ein Raub, weil für die Rspr. § 253 keine Vermögensverfügung erfordert und

deshalb § 249 lex specilias dazu ist; anders die h.M. in der Lit., die bei einem beabsichtigten Raub nur § 239b für anwendbar hält und damit qualifiziertere Nötigungsmittel fordert) oder einer hinsichtlich der Nötigungsmittel (Drohung mit dem Tod, einer schweren Körperverletzung oder Freiheitsberaubung von über einer Woche) besonders qualifizierten Nötigung (bei § 239b) **auszunutzen**. Soweit der Täter eine Erpressung intendiert, geht § 239a vor; verfolgt er daneben einen weiteren Nötigungszweck (z.B. sexuelle Nötigung), ist Tateinheit mit § 239b gegeben.

#### 4. Ausnutzungstatbestand

##### a) Tathandlung:

Ausnutzen einer zuvor durch den Täter – nicht auch einen „Trittbrettfahrer“ – verursachten Erpressungs- oder Bemächtigungslage zu einer Erpressung bzw. qualifizierten Nötigung, d.h. mind. i.S. von § 22 unmittelbar zur Erpressung bzw. Nötigung ansetzen.

##### b) Subj. Tatbestand:

Da der Täter die später ausgenutzte Lage geschaffen haben muss, muss er insoweit vorsätzlich – wenngleich (noch) ohne Ausnutzungsabsicht – gehandelt haben; z.Z. des Ausnutzens muss er Kenntnis von der Lage des Opfers haben sowie die subjektiven Tatbestandsmerkmale der Erpressung (u. a. Bereicherungsabsicht) bzw. Nötigung.

#### 5. Problem: 2-Personen-Verhältnis

§§ 239a f. waren ursprünglich nur für 3-Personen-Verhältnisse konzipiert: Der Täter entführte ein Opfer, um dadurch einen Dritten zu erpressen. Seit 1989 ist jedoch tatbestandlich auch eine Entführung (bzw. ein Sich-Bemächtigen) des anschließend zu Erpressenden (sowie deren Ausnutzung). Vor allem in diesen Fällen stellt sich das Problem der Abgrenzung zu den durch die Erpressung bzw. das Sich-Bemächtigen erst angestrebten Straftaten.

Besonders krass ist die Divergenz im Fall *BGHSt* 40, 90: Durch Todesdrohungen soll das Opfer, dessen sich der Täter bemächtigt hat, zur Preisgabe von Namen gezwungen werden (= versuchte Nötigung gem. §§ 240, 22 [Strafraumen bis zu 3 Jahre, im besonders schweren Fall bis zu 5 Jahre Gefängnis mit Milderungsmöglichkeit gem. § 23 II und Rücktrittsmöglichkeit gem. § 24 I bis zur Nennung der Namen] oder zusätzlich vollendete Geiselnahme gem. § 239b I [Freiheitsstrafe 5 – 15 Jahre; bei Aufgabe der Sich-Bemächtigung vor Namensnennung nur Strafmilderungsmöglichkeit gem. § 239b II i. V. m. § 239a IV 1])?

Der Große Senat des BGH hat 1994 allerdings anerkannt, dass §§ 239a f. auch im 2-Personen-Verhältnis grundsätzlich uneingeschränkt anwendbar sein sollen. Erforderlich ist nur:

- eine **Stabilisierung der Lage des Opfers** der Entführung oder des Sich-Bemächtigen **vor dem intendierten Ausnutzen** dieser Lage sowie
- ein **funktionaler Zusammenhang zwischen den beiden Teilakten** des Entführens/Sich-Bemächtigen einerseits und der intendierten Erpressung/Nötigung.

Diese Voraussetzungen werden bei einer Entführung zumeist gegeben sein, denn die dafür erforderliche Lageveränderung wird zunächst zu einer gewissen Stabilisierung der örtlich ungünstigen Lage führen und dadurch anschließend auch zur Erpressung etc. funktionalisiert werden (z.B. *BGHSt* 40, 350: Die Täter entführen das Opfer in ein Getreidefeld, um es dort zu vergewaltigen – Strafbar gem. § 239b). Dagegen dürfte es beim bloßen Sich-Bemächtigen häufig an einer Stabilisierung der (Bemächtigungs-)Lage fehlen, weil die Bemächtigungshandlung mit dem Nötigungs-

mittel der intendierten Erpressung/Nötigung übereinstimmt (z. B. der Bankräuber nötigt den Bankangestellten mit vorgehaltener Pistole zur Herausgabe von Geld), so dass der zeitweiligen Stabilisierung der Lage des Opfers durch die Bemächtigungshandlung gegenüber dem nachfolgenden Nötigungsmittel kein eigenständiges Gewicht zukommt.

## 6. Fälle:

**Fall 1: Bombenattrappe** – BGH, NStZ 1999, 509 (= Kühl, HRR-BT Nr. 38; dazu Bspr. Baier, JA 2000, 191): A betrat mit einer ungeladenen Schreckschusspistole und einer Bombenattrappe das Büro des Sparkassenfilialleiters S, den er mit der Pistole bedrohte; die Attrappe gab er für eine in drei Minuten zündende Zeitbombe aus. S hielt die „Bombe“ für echt und telefonierte daher gemäß dem Verlangen von A die Kassiererin K herbei, die dem Ansinnen von S folgte und 307.000 DM aus Kasse und Tresor, die sich in anderen Räumen befanden, holte, weil sie die „Bombe“ ebenfalls für echt hielt. A flüchtete mit dem Geld und S als Geisel, den er kurz darauf freiließ. Strafbarkeit des A nach §§ 239a, 253, 255?

**Fall 2: Unschlüssiger Bankräuber** – BGH, NStZ 2002, 31 (vereinfacht): A möchte eine Bank überfallen, um Geld zu ergaunern. Daher geht er mit einer ungeladenen Gaspistole in die Bank und droht mit dieser einen Kunden zu verletzen; da er von einem zufällig anwesenden Polizisten überwältigt wird, bevor er seine Forderungen stellen kann, lässt sich nicht aufklären, ob er die Bedrohung des Kunden dazu nutzen wollte, den Kassierer zu zwingen, ihm das Geld zu übergeben oder den Tresor zu öffnen, so dass sich A daraus bedienen kann. Strafbarkeit wegen §§ 239a, 239b?

**Fall 3: Getreidefeld** – BGHSt 40, 350 (= Kühl, HRR-BT Nr. 39; grundlegende Entscheidung des Großen Senats – überholt ist dadurch u.a. die Arg. in BGHSt 39, 36 u. 330!): A, B und C sahen die F verlassen auf einem Parkplatz stehen und sich gerade übergeben. Sie fassten den Entschluss, F zu vergewaltigen; weil der Parkplatz leicht einsehbar war, wollten sie dazu F in das angrenzende Getreidefeld bringen. A fragte F, ob er ihr helfen könne. F bejahte, und ohne Argwohn ließ sie sich von A, B und C in das Feld tragen. Dort wurde sie gepackt, zu Boden gedrückt und mehrfach vergewaltigt. B hielt ihr dabei ein Messer an den Hals und bedrohte sie mit dem Tode. Strafbarkeit nach § 239b?

**Fall 4: Wahlfeststellung** – BGH NStZ 1992, 83: A, Häftling in einer JVA, hat nach den Feststellungen des Gerichts entweder sich seines Zellenkumpans Z bemächtigt, um so ein Gespräch mit der Anstaltspsychologin P zu erreichen, oder Z war damit einverstanden, dass sich A seiner „bemächtigte“, um so die P in die Zelle zu locken, um sich gemeinschaftlich ihrer zu bemächtigen und ein Fluchtauto zu erpressen. P jedenfalls kam nicht in die Zelle von A und Z. Strafbarkeit wegen §§ 239a, b oder § 30 II?



## II. Räuberischer Angriff auf Kraftfahrer, § 316a

**Fall:** BGHSt 49, 8: A und B beschließen während einer Taxifahrt, Taxifahrer T nach Ende der Fahrt auszurauben. Als T den Motor ausmacht und die Innenraumbeleuchtung einschaltet, würgt ihn daraufhin A; währenddessen entwendet B den Geldbeutel des T mit 200 € Strafbarkeit wegen § 316a?

### 1. Rechtsgut

§ 316a dient sowohl dem **Verkehrs- als auch dem Vermögensschutz**.

### 2. Tatbestandsstruktur

Seit 1998 verlangt § 316a einen vollendeten Angriff auf den Fahrer oder einen Mitfahrer (zuvor war es ein echtes Unternehmensdelikt, das gem. § 11 I Nr. 6 Versuch und Vollendung des Angriffs erfasste und damit auch für das Versuchsstadium keine Rücktrittsmöglichkeit gem. § 24 kannte); das unmittelbare Ansetzen zum Angriff ist gem. §§ 316a, 22 strafbar. Wegen der im Versuchsstadium nunmehr bestehenden Rücktrittsmöglichkeit wurde die frühere Tätige-Reue-Vorschrift gestrichen.

Angesichts des gerade im Vergleich zu §§ 249, 252, 255 hohen Strafrahmens und der frühen Vollendung, die noch vor Versuchsbeginn zu dem intendierten Raub etc. liegen kann, wird allgemein eine restriktive Auslegung dieser Norm gefordert.

### 3. Tatbestandsmerkmale

#### a) obj. Tatbestandsmerkmale:

**aa) Verübung eines Angriffs:** Ein Angriff ist **jede feindselige Einwirkung auf Leib, Leben oder Entschlussfreiheit des Fahrers oder eines Mitfahrers**; der Angriff muss nur mittelbar gegen das Opfer gerichtet sein, unmittelbar z. B. gegen das Fahrzeug. Angriffsmittel sind Gewalt gegen Personen ([Mit-]Fahrer) oder Sachen (Pkw) und Drohung; nach früher h.M. genügte auch List (z. B. vorgetäuschter Unfall). Nicht erforderlich ist, dass Leib, Leben oder Entschlussfreiheit tatsächlich durch die Einwirkung beeinträchtigt werden; so genügt das Aussprechen einer Drohung oder das Abgeben eines Schusses für die Vollendung von § 316a, selbst wenn dadurch in concreto die Entschlussfreiheit des Fahrers nicht beeinträchtigt wurde (etwa weil er die Drohung entgegen der Vorstellung des Täters nicht ernst nahm). Mit dem (frühen) Vollendungszeitpunkt des Angriffs ist ein strafbefreiender Rücktritt vom Versuch gem. § 24 ausgeschlossen. Mangels Tätiger-Reue-Vorschrift bleibt in solchen Fällen (wenn der Täter doch noch die Wirkung des ausgeführten Angriffs zurücknimmt) nur noch eine Strafmilderung gem. § 316a II.

**Zeitlich** muss der Angriff stattfinden, **während das Opfer (Mit-)Fahrer** ist (beginnt der Angriff, bevor der Fahrer den Wagen anlässt, ist § 316a nur anwendbar, wenn der Angriff während der Fahrt fortgesetzt wird; vgl. BGHSt 52, 44); daran fehlt es, sobald sich der (Mit-)Fahrer außerhalb des Fahrzeugs befindet sowie grundsätzlich, wenn das Fahrzeug aus anderen als verkehrsbedingten Gründen anhält und der Fahrer den Motor ausstellt (BGHSt 49, 8; dazu krit. Wessels/Hillenkamp BT/2 Rn. 419).

**bb) Ausnutzung der besonderen Verhältnisse des Straßenverkehrs:** Besondere Verhältnisse des Straßenverkehrs sind nach der neueren Rspr. nur noch **die aus der Teilnahme am fließenden Verkehr erwachsenden und ihm eigentümlichen Gefahren, die sich für den Fahrer v.a. aus der Beanspruchung durch die Lenkung und für alle Insassen aus der Erschwerung von Flucht oder Gegenwehr im Pkw ergeben**; die Vereinzelung des Fahrers oder die Abgelegenheit des Überfallorts sind keine spezifische Eigenschaft des Kraftfahrzeugverkehrs (BGHSt 49, 8, 16 unter Aufgabe der weiteren älteren Rspr.). Diese muss der Täter bei Begehung des An-

griffs ausnutzen. – Angesichts des engen (Mit-)Fahrer-Begriffs, kommt dem Ausnutzen der besonderen Verhältnisse des Straßenverkehrs als eigenständigem Tb-Merkmal seit BGHSt 49, 8 nur noch geringe Bedeutung zu.

**b) Subj. Tatbestandsmerkmale**

Neben dem (mind. bed.) **Angriffs- und Ausnutzungsvorsatz** (§ 15) muss der Täter zur Tatzeit (Angriffszeit) mit der **Absicht** handeln, einen **Raub etc. zu begehen**; dafür bedarf es auch der Zueignungs- bzw. Bereicherungsabsicht. Da der Tatbestand des § 316a bereits mit Begehung des Angriffs vollendet ist, muss die beabsichtigte (Raub-)Tat noch nicht begonnen sein, so dass bei deren nachfolgender Begehung auch keine Ausnutzung der besonderen Verhältnisse des Straßenverkehrs erforderlich ist.

## Anschlussdelikte

### I. Systematik

§§ 257 ff. stellen ein an die Straftat eines anderen anschließendes Verhalten selbständig unter Strafe. Der praktisch relevante, noch relativ junge Tatbestand der **Geldwäsche** (§ 261) ist nicht Examensstoff und bleibt daher vorliegend ausgeklammert. Die anderen drei Grundtatbestände Begünstigung, Strafvereitelung und Hehlerei sind „klassische“ Anschlussdelikte, bei denen eine bloße Selbstbegünstigung stets straffrei ist. Strukturell handelt es sich um Fälle einer Hilfeleistung nach der Tat („auxilium post factum“), die dementsprechend von einer Beihilfe zur Vortat (z. B. §§ 242, 27) abzugrenzen sind. Nach h. M. liegt den Anschlussdelikten **kein einheitliches Rechtsgut** zugrunde: während § 259 als Vermögensdelikt nur ein Individualrechtsgut schützt, schützt § 258 mit der staatlichen Strafrechtspflege ein Universalrechtsgut; § 257 dient dem kumulativen Schutz von Allgemein- und Individualinteressen. Ein einheitliches Rechtsgut aller drei Delikte – wie auch der Geldwäsche – könnte im staatlichen Recht auf Entziehung der Vorteile aus einer Straftat zu sehen sein (so *Altenhain*, Das Anschlussdelikt, 2002, S. 245, 369, 428).

### II. Begünstigung, § 257

**Fall 1:** A hat – wie schon des öfteren – in einem Supermarkt mehrere DVD's im Wert von je 15 € gestohlen, mit denen er auf der Flucht vor einem Ladendetektiv durch die Eingangshalle zu seinem vor dem Supermarkt parkenden Pkw läuft. Sein Freund F, der zufällig im Supermarkt ist, aber von A's krimineller Aktivität weiß und deswegen davon ausgeht, die DVD's in Händen des A seien gestohlen, beobachtet das Geschehen. Als beim Einsteigen in den Pkw dem A eine DVD herunter fällt springt F hinzu und wirft sie ihm ins Auto. Strafbarkeit des F wegen §§ 242, 243 I Nr. 3, 27 oder § 257? Bedarf eine Strafverfolgung des F eines Strafantrags des Supermarktes (§§ 248a, 257 IV 2)?

**Fall 2:** *Geldabhebung* – BGHSt 36, 277 (= *Kühl*, HRR-BT, Nr. 59 u. *Kudlich*, PdW BT I, Nr. 227): K hatte von getäuschten Anlegern Verrechnungsschecks erhalten und diese seinem heimischen Bankkonto zur Einziehung zugeleitet. Sodann überwies er das Geld auf ein Konto nach Luxemburg. Um einen Zugriff der Anleger auf das Geld zu verhindern, beschloss K, dieses ohne Spuren in ein anderes Land zu transferieren. Er beauftragte T, der das Geschehen kannte, das Geld in Bar abzuheben und ihm nach Monaco zu bringen, was T auch tat. Strafbarkeit des T wegen § 257?

#### 1. Obj. Tb., Tathandlung

**Hilfeleisten** ist jede Handlung, die objektiv geeignet ist, den Vortäter im Hinblick auf die Vorteilssicherung unmittelbar besser zu stellen, und die subjektiv mit dieser Tendenz vorgenommen wird. Das Delikt ist mit Vornahme der Hilfeleistung vollendet (der Versuch ist nicht strafbar). Nicht erforderlich ist eine tatsächliche Besserstellung des Vortäters, doch fehlt bereits die Eignung hierzu, wenn bei diesem der zu sichernde Vorteil nicht mehr vorhanden ist.

#### 2. Subjektive Tatseite

Der Täter muss mind. bedingten Vorsatz bzgl. der Vortat haben (und dabei von dieser wenigstens eine allgemeine Vorstellung). Weiterhin muss er mit **Vorteilssicherungsabsicht** handeln, d. h. es muss ihm darauf ankommen, im Interesse des Vortäters die Wiederherstellung des gesetzmäßigen Zustandes zu verhindern oder zu erschweren. Vorteile sind nicht nur Vermögensvorteile; sie müssen unmittelbar aus der Vortat erlangt sein.

#### 3. Beteiligung an der Vortat

Eine strafbare Beteiligung an der Vortat schließt gem. § 257 III 1 eine Strafbarkeit wegen Begünstigung aus. Möglich ist allerdings eine Strafbarkeit wegen Anstiftung eines Unbeteiligten zur Begünstigung durch den Vortäter (§ 257 III 2).

#### 4. Verhältnis zur Strafvereitelung

Da § 258 auch die „Verfallsvereitelung“ erfasst, überschneiden sich insoweit Strafvereitelung und Begünstigung. § 257 hat eigenständige Bedeutung, wenn wegen § 73 I 2 – wie häufig bei Vermögensstraftaten – ein Verfall als Maßnahme gem. § 11 I Nr. 8 nicht angeordnet werden darf, weil dem Geschädigten ein Ersatzanspruch zusteht.

#### III. Strafvereitelung, §§ 258 f.

§§ 258 f. schützen die inländische staatliche Strafrechtspflege. § 258 enthält zwei Grundtatbestände, die **Verfolgungs-** und die **Vollstreckungsvereitelung**, § 258a zu beiden eine Qualifikation für Amtsträger (uneigentliches Amtsdelikt). Anders als bei § 257 ist gem. §§ 258 IV, 258a II der Versuch strafbar. § 258 VI enthält einen persönlichen Strafausschlussgrund zugunsten von Angehörigen i. S. v. § 11 I Nr. 1 (nicht – wie § 35 I 1 – auch sonst nahe stehender Personen) als Vortatbeteiligter, der für Amtsträger ausgeschlossen ist (§ 258a III); nach h. M. kommt es auf die (ggf. irri)ge Vorstellung des Täters an.

**Fall 3:** Der Angeklagte A gesteht seinem Verteidiger Rechtsanwalt R, dass er die angeklagte Tat begangen hat. R rät ihm daraufhin, die Aussage zu verweigern, und erläutert ihm, dass eine Falschaussage nicht strafbar wäre. Ohne Absprache mit R sagt A daraufhin wahrheitswidrig falsch aus. Da angesichts einer dünnen Beweislage diese Aussage in der Hauptverhandlung nicht widerlegt scheint, beantragt R einen Freispruch des A mangels Beweisen; das Gericht spricht A in dubio pro reo frei, weil es von der Unrichtigkeit der Aussage des A nicht überzeugt ist. In der Berufungsinstanz lässt das Gericht erkennen, dass es A nicht glaubt; als A daraufhin meint, seine Ehefrau E könne ihn als Zeugin entlasten, benennt R die E trotz seines Wissens um die Täterschaft des A. R meint, er müsse als sein Verteidiger dem Wunsch des A entsprechen, hält aber nicht für sehr wahrscheinlich, dass das Gericht der E Glauben schenkt. Entgegen der Erwartung von R und A verweigert E die Aussage. Strafbarkeit des R wegen Verfolgungsvereitelung?

**Fall 4:** Vortäter T ist auf der Flucht und hebt zu deren Finanzierung Geld bei seiner Bank ab. Der die Abhebung vornehmende Bankangestellte B weiß von der Vortat und kennt die Fluchtpläne. Strafbar wegen § 258 I?

**Fall 5:** *Geldstrafenzahlung* – BGHSt 37, 226 (= *Kühl*, HRR-BT, Nr. 60): B; Betriebsleiter eines Abwasserverbandes, einer Körperschaft des öffentlichen Rechts, wurde wegen § 324 StGB zu einer Geldstrafe verurteilt. Der Vorstandsvorsteher A führt daraufhin eine Entscheidung des Abwasserverbandes herbei, aufgrund derer B durch unmittelbare Zahlung der Geldstrafe aus Mitteln des Verbandes die Strafe abgenommen wurde; außerdem übernahm der Abwasserverband auf Betreiben des A die Verfahrenskosten des B. Strafbarkeit wegen § 258 II und § 266 (dazu ausführlicher in NJW 1991, 990, 991)?

**Fall 6:** BGHSt 43, 356: B hat eine Brandstiftung begangen und behauptet wahrheitswidrig, er habe die Brandnacht bei der Zeugin Z verbracht. Z bestätigt sein Alibi, wobei sich nicht aufklären lässt, ob sie ihm bereits vor Tatbegehung das falsche Alibi zugesagt hatte (dann §§ 306, 27). Scheitert eine Strafbarkeit wegen Strafvereitelung an § 258 V?

#### 1. Obj. Tatbestand:

Der Täter muss die Strafverfolgung (§ 258 I) oder Strafvollstreckung (§ 258 II) **ganz oder zum Teil vereiteln**. Die Tat ist vollendet, wenn als Vereitelungserfolg jedenfalls für geraume Zeit (nicht notwendig dauerhaft; nach h. M. genügen zwei Wochen; die früher in Anlehnung an § 229 I StPO entwickelte 10-Tages-Grenze ist aufgrund der Änderung von § 229 StPO jedenfalls so nicht mehr begründbar) die Verfolgung oder Vollstreckung ganz oder teilweise, d. h. beschränkt auf einen gegenständlichen Teilbereich (z. B. Verfolgung als Vergehen statt als Verbrechen; Vollstreckung nur der Strafe, nicht auch der Maßregel) verhindert wird. Das Täterverhalten muss generell zur Herbeiführung eines Vereitelungserfolgs geeignet sein und in concreto für dessen Eintritt kausal sein. Da die „Selbstvereitelung“ nicht strafbar ist, soll

auch ein bloßes Bestärken des Vortäters zum Selbstschutz etwa durch Veranlassen von dessen Flucht keine als Strafvereitelung strafbare nachträgliche Hilfe darstelle; § 258 ist dagegen verwirklicht, wenn über die Idee zur Flucht hinaus der Täter z. B. Geld oder gefälschte Ausweispapiere besorgt. Umstr. ist schließlich, ob sozialadäquates, insbes. berufstypisches Verhalten keine Strafvereitelung darstellen kann (so die h.M.; dagegen ausf. NK-Altenhain, § 258 Rn. 26 ff., der nur strafverfahrensrechtliches Verhalten eines Verteidigers, Zeugen etc. als nicht von § 258 erfasst ansieht).

## **2. Subj. Tatbestand:**

Für das Vereiteln der Verfolgung oder Vollstreckung ist dolus directus I. oder II. Grades erforderlich; lediglich hinsichtlich der Vortat oder der rechtskräftigen Verurteilung genügt dolus eventualis.

## **IV. Hehlerei, §§ 259 f.**

**Fall 7** (vgl. Wessels/Hillenkamp, BT/2, Rn. 825 u. 837): A entwendet bei seinen Eltern einen 100 € Schein und eine Flasche Champagner sowie ein Modeschmuckstück im Wert von knapp 40 €. Für die 100 € kauft er damit bei V eine Handtasche, die er ebenso wie das Schmuckstück seiner Freundin F schenkt. Den Champagner übergibt er F, damit sie ihn vor dem gemeinsamen Trinken zur Kühlung in ihren Kühlschrank legt. A hat der F nichts von seinem Verhalten erzählt, doch geht diese angesichts des geringen Einkommens des A zu recht davon aus, dass die erhaltenen Gegenstände nicht aus seinem Vermögen, sondern aus Straftaten stammen. Strafbarkeit der F? Kommt es für die Strafverfolgung auf einen Strafantrag der Eltern an?

### **1. Obj. Tatbestand:**

#### **a) Tatobjekt:**

- **Tatgegenstand** sind nur fremde, aber auch herrenlose (§§ 292, 293) und sogar eigene (bei § 289) bewegliche und unbewegliche Sachen (Sachhehlerei), nicht hingegen auch Rechte, Werte oder Daten.
- **Vortat:** Diese müssen durch Diebstahl oder eine andere gegen fremdes Vermögen gerichtete rechtswidrige (nicht notwendig schuldhaft oder verfolgbare) Tat erlangt sein; als Vortat kommen nicht nur „klassische“ Vermögensdelikte, sondern u. U. auch §§ 240, 267, 274 in Betracht, wenn sie fremde Vermögensinteressen verletzen und eine rechtswidrige Vermögenslage schaffen. Taugliche Vortat können auch Begünstigung und Hehlerei sein. Die Sacherlangung aufgrund der Vortat muss rechtlich und zeitlich vor der Hehlerei als der Anschlussstat abgeschlossen sein, doch kann dies auch bereits aufgrund des Versuchs der Vortat vorliegen; vertreten wird zwar auch, dass die Vortat in einer Verfügung zugunsten des Hehlers gesehen werden kann, doch dürfte dies den Wortlaut von § 259 I („gestohlen ... hat“) überdehnen (Wessels/Hillenkamp, BT/2 Rn. 833). Erlangt i.S.v. § 259 ist die Sache, wenn beim Vortäter eine rechtswidrige Besitzlage hergestellt ist.
- **Unmittelbarkeitszusammenhang:** Nach h.M. ist Hehlerei nur an den durch die Vortat unmittelbar erlangten Gegenständen und, soweit an diesen die rechtswidrige Vermögenslage fortbesteht (daran fehlt es etwa bei einem Eigentumserwerb des Vortäters durch Verarbeitung der gestohlenen Sache, § 950 BGB), möglich (keine sog. Ersatzhehlerei); Surrogate können nur dann Gegenstand einer Hehlerei sein, wenn sie ihrerseits unmittelbar durch eine Vortat (etwa einen Betrug beim Umtausch der ursprünglich gestohlenen Sache) erlangt sind.

#### **b) Tathandlungen:**

- **Sich oder einem Dritten verschaffen** meint die bewusste und gewollte Übernahme der tatsächlichen Verfügungsgewalt zu eigenen Zwecken im Wege eines abgeleiteten (derivativen) Erwerbs (arg. „ankaufen“ als Spezialfall eines Verschaffens in § 259 I; daran fehlt es etwa bei Diebstahl, Abnötigung oder täuschungsbedingter Erlangung der gestohlenen Sache durch den „Hehler“) in einverständlichem, nicht notwendig kollusiven Zusammenwirken mit dem Vortäter oder Vorbesitzer; das beiderseitige Einvernehmen muss sich nur auf die Erlangung einer eigentümergeichen Verfügungsgewalt durch den Erwerber beziehen, so dass nicht auf beiden Seiten ein Unrechtsbewusstsein vorliegen muss. Bei der Übertragung der Verfügungsgewalt auf

mehrere Personen, genügt Mitverfügungsgewalt des Hehlers; bei Mitverfügungsgewalt von Vortäter und Erwerber hingegen muss für § 259 jeder für sich allein über die Sache verfügen können. Nach h.M. genügt für die Erlangung der Verfügungsgewalt an einem Pfand der Erwerb des Pfandscheins (BGHSt 27, 160, 163); beim bloßen Mitverzehr von Nahrungsmitteln („Insichbringen als intensivste Form des Ansichbringens“?) liegt i.d.R. keine eigene Verfügungsgewalt des Essers und damit keine Hehlerei vor. Da das Ankaufen ein Spezialfall des Verschaffens ist, muss der Erwerber tatsächliche Verfügungsgewalt erlangen; ein Abschluss des Kaufvertrags genügt nicht.

- **Absetzen** meint die Unterstützung eines anderen beim Weiterverschieben der gestohlenen etc. Sache durch selbständiges Handeln, **Absetzenthelfen** dagegen die weisungsabhängige, unselbständige Unterstützung i.S.v. § 27 des Vortäters bei dessen Absatzbemühungen; da der Vortäter tatbestandlich keine Hehlerei begehen kann, wäre in diesem Fall eine Strafbarkeit gem. §§ 259, 27 des Helfers ausgeschlossen, so dass die Absatzhilfe eine tatbestandlich verselbständigte Form der Beihilfe darstellt. Anderweitige Absatzförderung oder Verschaffungshilfe, bei der der Erwerber als Hehler strafbar ist, führen nur zur Strafbarkeit aus §§ 259, 27. Umstr. ist, ob für Absetzen und Absetzenthelfen ein Absatzerfolg erforderlich ist; während dies die h.M. angesichts des Wortlautes und wegen der sonst fehlenden Perpetuierung der rechtswidrigen Vermögenslage in der Person eines anderen fordert (z. B. Lackner/Kühl § 259 Rn. 13), ließ die Rspr. bereits eine auf Absatz gerichtete Tätigkeit genügen (BGHSt 27, 45, 47. Inzwischen hat der BGH aber seine Ansicht revidiert und fordert ebenfalls – zumindest für das Absetzen (für die Absatzhilfe ist es noch nicht abschließend geklärt – einen Erfolg voraus (BGH NStZ 2013, 584; vgl. Wesels/Hillenkamp, BT/2, Rn. 862 ff.). - Erforderlich ist jedenfalls eine wirtschaftliche Verwertung der bemakelten Sache durch entgeltliche Veräußerung; ein Verschenken genügt nicht. Beim Rückverkauf an den Eigentümer wird die rechtswidrige Besitzlage nicht aufrechterhalten, so dass nach h.M. keine Hehlerei gegeben ist.

## 2. Subj. Tatbestand:

Hinsichtlich einer gegen Vermögensinteressen gerichteten Vortat (die allerdings nicht spezifiziert sein muss), der fortbestehenden rechtswidrigen Vermögenslage sowie des einvernehmlichen Zusammenwirkens mit dem Vortäter genügt dolus eventualis.

Schließlich muss der Hehler mit Sich- oder Drittbereicherungsabsicht gehandelt haben, wobei anders als bei § 263 die angestrebte Bereicherung aber nicht rechtswidrig sein muss und deswegen Bereicherungsabsicht nicht bei einem Anspruch des Hehlers gegenüber dem Erwerber entfällt; auch Stoffgleichheit ist nicht erforderlich. Umstr. ist, ob Dritter auch der Vortäter sein kann; dagegen spricht die sprachliche Differenzierung zwischen „anderem“ (= Vortäter) und „Drittem“ (= Bereicherten) sowie jedenfalls bei der Sachbesitzerhaltungsabsicht beim Vortäter die dann gegebene Strafbarkeit aus § 257. Bereicherungsabsicht kann beim Austausch gleichwertiger Leistungen fehlen.

## 3. Vortatbeteiligung:

Während bei §§ 257, 258 bereits die Beteiligung an der Vortat eine Strafbarkeit wegen des Anschlussdelikts ausschließt, gilt dies bei § 259 nur für den Vortäter selbst (dessen denkbare Anstiftung zur Hehlerei wäre mitbestrafte Nachtat), nicht bei Teilnehmern an der Vortat, selbst wenn diese von Anfang an auf eine Verfügungsgewalt an Beuteteilen zielten. Stiftet ein Hehler einen anderen zum Diebstahl an, macht er sich damit neben §§ 242, 26 auch nach § 259 strafbar, wenn er die Sache danach sich verschafft etc. Lässt sich nicht aufklären, ob eine Sache vom Täter selbst gestohlen oder vom Dieb erworben wurde, ist zwischen § 242 und § 259 Wahlfeststellung möglich; steht fest, dass der Täter jedenfalls die Hehlereihandlung begangen hat und bleibt nur seine Begehung der Vortat offen, ist es ein Fall sog. Postpendenz (= Strafbarkeit „nur“ wegen Hehlerei, deren Tatbestandsmerkmale – mit Ausnahme der offenen Vortatbeteiligung – erfüllt sind).

Umstr. ist, ob der Rückerwerb einer Sache durch den Vortäter von einem Zwischenhehler als Hehlerei zu werten ist; dagegen spricht, dass durch die Zwischenhehlerei der Vortäter nicht ein „anderer“ wird und überdies das Rechtsgut Vermögen bereits durch seine Vortat verletzt hat.

## A. Aussagedelikte (§§ 153 ff.)

### 1. Systematik

§§ 153 ff. schützen nach ganz h.M. die **Rechtspflege** (Ausnahme § 153 II, u. U. auch § 156), insbes. – aber nicht nur – die Rechtsprechung. Im Normalfall einer Zeugenaussage vor Gericht ist § 153 I der Grundtatbestand, § 154 die Qualifikation (deswegen empfiehlt sich bei Falschaussagen vor Gericht zumeist eine gemeinsame Prüfung). Während bei § 154 als Verbrechen nach allg. Regeln auch Versuch (§ 23; unmittelbares Ansetzen i. S. v. § 22 beim Nacheid [§ 59 II StPO]) erst mit dem Ansetzen zum Schwören) und bestimmte Vorbereitungshandlungen (§ 30) strafbar sind und überdies der fahrlässige Falscheid strafbar ist (§ 161) gilt dies nicht für die uneidliche Falschaussage (§ 159 erweitert den Anwendungsbereich von § 30 auch auf §§ 153, 156). Deren Bedeutung dürfte in Zukunft noch weiter zunehmen, denn mit dem JuMoG wurde 2004 die bis dahin gesetzlich vorgesehene Regelvereidigung durch eine nur noch ausnahmsweise vom Gericht anzuordnende Vereidigung ersetzt (vgl. § 59 I StPO).

Da der **Versuch** der uneidlichen Falschaussage gem. § 153 (nicht auch von § 154) straflos ist, kommt es auf für die Strafbarkeit maßgeblich auf den **Zeitpunkt der Vollendung** an. Solange eine Aussage in einer Vernehmung noch berichtigt wird, ist sie insges. richtig, so dass bereits tatbestandsmäßig §§ 153 f. ausscheiden. Erst wenn die Vernehmung beendet ist, liegt damit tatbestandlich eine vollendete Falschaussage vor; die in § 158 geregelte Berichtigungsmöglichkeit nach Tatvollendung dient der Wahrheitsfindung, ist aber nur eine Strafzumessungsregel und daher erst im Anschluss an die Schuld zu prüfen.

§§ 153 ff. sind **eigenhändige Delikte, d.h. Täter kann nur der falsch Aussagende bzw. seine falsche Aussage Beschwörende sein**. Täter des § 153 ist nur der Zeuge oder Sachverständige, der falsch aussagt, mithin nicht der lügende Angeklagte im Strafprozess, der nicht Zeuge in eigener Sache sein kann. Da auch die Partei im Zivilprozess nicht Zeuge sein kann („Zeuge ist, wer nicht Partei ist“), ist § 153 bei der Parteivernehmung des Klägers oder Beklagten ebenfalls ausgeschlossen; weil jedoch § 452 ZPO auch den Parteieid als Beweismittel kennt, ist insoweit ein Meineid möglich (für diesen Sonderfall ist § 154 nicht Qualifikation zu § 153). Möglich ist zwar nach allg. Regeln eine Beteiligung durch Anstiftung oder Beihilfe zu dieser Tat (§§ 26 f.), nicht aber eine Begehung in mittelbarer Täterschaft (§ 25 I 1 Alt. 2), wenn mangels Vorsatz des Aussagenden oder aufgrund von dessen Rechtfertigung eine beteiligungsfähige Haupttat nicht vorliegt. Diese Lücke schließt § 160, der als eigenständiger Tatbestand das **Verleiten zur Falschaussage** erfasst.

### 2. Objektiver Tatbestand

#### a) Ort der Tathandlung

„Tatort“ kann nur eine **zur eidlichen Vernehmung (§ 153) oder zur Abnahme von Eiden (§ 154) zuständige Stelle bzw. zur Abnahme Versicherungen an Eides Statt zuständige Behörde (§ 156)**. Da Polizei und StA nicht zur eidlichen Vernehmung zuständig sind, können Falschaussagen vor diesen Stellen nicht nach §§ 153 ff. verfolgt werden (wohl aber u.U. nach §§ 145d, 164, 257, 258 f.). Nach der Rspr. und arg. e § 5 Nr. 10 ist mit „Gericht“ in §§ 153 f. nur ein deutsches Gericht gemeint; deswegen erstreckt § 162 I seit 2008 den Anwendungsbereich der §§ 153 – 161 auch auf bestimmte **internationale Gerichte** (zB EGMR, EuGH, IStGH). – Zur Straf-

barkeit falscher Aussagen vor **Untersuchungsausschüssen** des Bundestags oder der Landtage findet sich ein Verweis in § 162 II.

### **b) Falschheit der Aussage**

**Falsch** ist nach h.M. **jede obj. unrichtige Aussage über innere oder äußere Tatsachen, bei Sachverständigen auch über Werturteile** (obj. Theorie). Nach a.A. soll es auf die Abweichung vom Vorstellungsbild des Täters, der seine möglicherweise obj. richtige Aussage irrig für falsch hält und deswegen nicht nach „bestem Wissen und Gewissen“ ausgesagt hat (subj. Theorie) oder darauf ankommen, ob der Täter bei der Aussage seine Zeugenpflicht zu einer sorgfältigen Aussage verletzt hat (Pflichttheorie). Gegen die subj. Theorie spricht der Wortlaut von § 160, der offensichtlich die Möglichkeit einer falschen Aussage auch bei Gutgläubigkeit des Aussagenden voraussetzt, gegen die Pflichttheorie vor allem § 161, denn die darin geforderte Fahrlässigkeit wäre nichts anderes als die bereits im Begriff der Falschaussage enthaltene Pflichtwidrigkeit. **Falsch ist auch eine Aussage, in der wesentliche Tatsachen weggelassen werden.** Maßgeblich ist allerdings der Vernehmungsgegenstand (im Strafprozess die Tat) sowie die diesen möglicherweise erweiternden Fragen, so dass außerhalb des Vernehmungsgegenstands liegende falsche Spontanäußerungen eines Zeugen keine Falschaussage darstellen (nur wenn danach nachgefragt wird). Dagegen gehören die Angaben des Zeugen zur Person zu seiner Aussage und dürfen daher nicht falsch sein.

### **3. Subjektiver Tatbestand**

Für §§ 153 – 160 genügt bedingter Vorsatz hinsichtlich der Merkmale des obj. Tatbestandes (§ 15); bei bloßer Fahrlässigkeit kommt § 161 in Betracht.

### **4. Aussagenotstand (§ 157)**

Bei falschen Aussagen **zugunsten eines Angehörigen** (§ 11 I Nr. 1, nicht auch zugunsten sonst nahe stehender Personen wie in § 35) **sowie des Aussagenden selbst** kommt **Aussagenotstand** in Betracht. Im Unterschied zu § 35 handelt es sich dabei nicht um einen Entschuldigungsgrund, sondern um einen bloßen fakultativen Strafmilderungs- bzw. Strafabschensgrund, der ebenfalls erst nach der Schuld zu prüfen ist. Der Aussagende muss subj. von der Gefahr einer Bestrafung ausgegangen sein, doch genügt als Ziel – trotz des unklaren Wortlauts von § 157 – nicht nur die gänzliche Abwendung einer Bestrafung, sondern auch die Verurteilung aus einem milderen Gesetz (z.B. § 212 statt des bei wahrer Aussage drohenden § 211). Auf eine Nicht-anders-Abwendbarkeit kommt es nicht an, so dass § 157 auch eingreift, wenn der Aussagende eigentlich die Aussage verweigern könnte und darüber belehrt wurde (§§ 52 ff. StPO).

### **5. Falschaussage etc. durch Unterlassen (§ 13)**

Ein besonderes Problem stellt die Anstiftung eines Zeugen zur Falschaussage durch dessen Benennung sowie eine Beihilfe durch Unterlassen durch Geschehenlassen einer wahrheitswidrigen Aussage durch einen Zeugen, dem gegenüber der Täter (Angekl., Partei) garantenpflichtig ist (§ 13 I), dar. Da grundsätzlich der Zeuge für seine wahrheitsgemäße Aussage selbst verantwortlich ist, muss der Angekl. bzw. die Partei nicht von seinem wahrheitswidrigen Bestreiten abrücken, um den Zeugen zu schützen; eine Garantienpflicht aus Ingerenz zur Verhinderung einer Falschaussage wird heute in der Rspr. nur noch bejaht, wenn ein Verfahrensbeteiligter (= Angekl./Partei) den Zeugen pflichtwidrig in eine dem Prozess nicht mehr eigentümliche (inadäquate) Gefahr der Falschaussage gebracht hat (BGHSt 17, 321).



## 6. Fälle:

- (1) *BGHSt 7, 147* (= *Kühl*, HRR-BT Nr. 10): A hatte mit seiner Frau F vereinbart, seinen Pkw gegen einen Brillantschmuck zu tauschen, doch hatte er den Pkw noch im Eigentum, als er in einer eidesstattlichen Versicherung ein Vermögensverzeichnis aufstellen musste. Da er irrig glaubte, bereits mit Abschluss des Tauschvertrags sei das Eigentum am Pkw auf die F übergegangen, unterließ er es, den Pkw in das Vermögensverzeichnis aufzunehmen. Strafbarkeit wegen § 156?
- (2) *BGHSt 17, 321* (= *Kühl*, HRR-BT Nr. 11): In einem Scheidungsprozess bestreitet die E wahrheitswidrig, mit dem Zeugen Z eine ehewidrige Beziehung unterhalten zu haben. Daraufhin beantragt ihr Mann M die Vernehmung des Z; dem tritt E nicht entgegen und offenbart auch nicht die Wahrheit. In stillschweigendem Einvernehmen mit E verschweigt Z das ehewidrige Verhältnis und beschwört diese Aussage. E schreitet währenddessen nicht ein. Strafbarkeit der E wegen Beihilfe zum Meineid durch Unterlassen.
- (3) Kellner K ist Zeuge einer Schlägerei geworden, in deren Verlauf mehrere Rocker ihr Opfer derart malträtieren, dass dieses schwere Verletzungen davon trägt und sich nicht mehr erinnern kann. Vor seiner Zeugenaussage gegen den Bandchef B der Rocker wird ihm von anderen Rockern angedroht, man werde ihn krankenhaushausreif schlagen, wenn er den B auch nur im geringsten belaste; daraufhin sagt K vor Gericht aus, B sei an dem Geschehen nicht beteiligt gewesen (nach *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht AT, Rn. 393 ff.). Strafbarkeit wegen § 153?

## B. Falsche Verdächtigung und Vortäuschen einer Straftat

Im Umfeld von Rechtspflege- und Ehrdelikten stellt sich in Prüfungen immer wieder die Frage einer Strafbarkeit allein wegen falscher Verdächtigung oder Vortäuschens einer Straftat. Stehen beide Delikte in Rede, gebietet die Subsidiaritätsklausel des § 145d wie auch dessen niedrigerer Strafrahmen eine Vorabprüfung von § 164; nach dessen Bejahung ist eine ergänzende § 145d-Prüfung für das gleiche Verhalten regelmäßig entbehrlich, so dass allenfalls noch kurz auf die Subsidiarität von § 145d gegenüber § 164 eingegangen werden sollte

### I. Falsche Verdächtigung (§ 164)

**Fangbrief-Fall** – *BGHSt 9, 240*: A war Angestellte einer Firma. Mit dem dortigen Prokuristen P war sie verfeindet. Als in der Firma Diebstähle, auch von Geld, vorkamen, wollte sie den Verdacht auf P lenken, indem sie einen von der Polizei ausgelegten Fangbrief wegnahm und in das Büro von P legte. Dessen Sekretärin, die den leeren Umschlag wegwarf und sich dabei die Hände rot verfärbte, geriet in erheblichen Tatverdacht. Strafbarkeit der A wegen § 164?

§ 164 schützt nach hM **sowohl die innerstaatliche Rechtspflege** vor Irreführung und unbegründeter Inanspruchnahme **als auch den Einzelnen** vor einer ungerechtfertigten behördlichen Untersuchung; die vertretenen Gegenpositionen des Schutzes allein der Rechtspflege oder allein des Einzelnen würden zu einem Ausschluss der Strafbarkeit führen entweder bei der Verdächtigung eines Deutschen im Ausland (vgl. § 7 I) oder bei der Verdächtigung mit Einwilligung des Opfers.

§ 164 enthält zwei Tatbestände die sich im obj. Tb. allein durch die Tathandlung unterscheiden (der subj. Tb. sowie der Adressat der Verdächtigung – Behörde etc. – sind identisch): das einer rw. Tat Verdächtigen (Abs. 1) und das Aufstellen sonstiger

Behauptungen (Abs. 2); letzterer ist ein Auffang-Tb, der nur zu prüfen ist, wenn Abs. 1 nicht durchgreift. „Opfer“ beider Tathandlungen muss stets eine konkrete, noch lebende, nicht unbedingt namentlich kenntlich gemachte Person sein.

**Tathandlung in Abs. 1** ist das **Verdächtigen einer rechtswidrigen Tat oder einer Dienstpflichtverletzung, in Abs. 2 das Aufstellen sonstiger Behauptungen tatsächlicher Art, die geeignet sind, ein behördliches Verfahren etc. herbeizuführen**. Umstr. ist,

- ob auch das Verdächtigen in Abs. 1 (wie das Behaupten in Abs. 2) nur durch ausdrückliche oder konkludente Erklärungen erfolgen kann, oder (so die hM und Rspr.) auch das bloße Schaffen einer verdächtigen Lage durch Beweismanipulationen für Abs. 1 ausreichen kann (z.B. Legen einer falschen Spur; *BGHSt* 9, 240; aM *Wessels/Hettinger* BT/1 Rn. 694).
- ob eine Verdächtigung nur bei obj. gegebener Unschuld des Betroffenen falsch ist (so *BGHSt* 35, 50) oder ob es – ohne Rücksicht auf eine mögliche obj. gegebene Strafbarkeit des Verdächtigten – dafür ausreicht, dass unwahre Verdachtstatsachen (Beweismittel) vorgebracht werden.

**Subj.** muss der Täter die Tathandlung „**wider besseres Wissen**“ begangen haben, d. h. er muss von der Unrichtigkeit seiner Verdächtigung bzw. Behauptung überzeugt gewesen sein; darüber hinaus muss er mit der **Absicht** gehandelt haben, ein behördliches Verfahren oder eine andere behördliche Maßnahme gegen den Verdächtigten herbeizuführen oder fort dauern zu lassen, wofür nach h. M. aber ebenfalls **sicheres Wissen** ausreicht.

## II. Vortäuschen einer Straftat (§ 145d)

**Platztausch-Fall** – *OLG Celle*, NJW 1964, 733 (vgl. *Krey/Hellmann/Heinrich*, BT 1, Rn. 819 ff.): S und seine Ehefrau E gehen zu recht davon aus, dass sie beide mehr als 1,1 Promille Blutalkoholkonzentration haben; gleichwohl steuert S den Pkw nach hause. Als sie eine Polizeikontrolle sehen, wechseln sie schnell die Plätze, damit S – der beruflich auf eine Fahrerlaubnis angewiesen ist – diese nicht verliert. Strafbarkeit von E und S wegen §§ 258 I, 164 I, 145d II Nr. 1?

§ 145d I Nr. 1 und II Nr. 1 schützen die innerstaatliche Rechtspflege vor sinnloser Inanspruchnahme; § 145d I Nr. 2 und II Nr. 2 dehnen den Schutz auf Präventivorgane (insbes. Polizeibehörden) aus. § 145d dient der Schließung von Lücken des § 164 und ist deswegen – auch für Abs. 2 – explizit gegenüber §§ 164, 258 f. subsidiär, doch gilt dies nach der ratio legis nur, wenn aus den genannten Normen tatsächlich eine Bestrafung resultiert (und nicht etwa gem. § 258 V, VI ausscheidet). Die Lücke besteht insbes., wenn nicht eine bestimmte Person verdächtigt wird. Der Kreis der Adressaten ist in § 145d etwas enger als in § 164 gezogen, weil letzterer auch öffentliche Verdächtigungen erfasst. Wie § 164 erfordert § 145d subj. ein Vortäuschen „wider besseres Wissen“, d.h. mit direktem Vorsatz.

Tathandlung von § 145d I ist das Vortäuschen (= Erregen oder Verstärken des Verdachts durch ausdrückliche oder konkludente Tatsachenbehauptungen, Schaffen einer verdachtserregenden Beweislage oder Selbstbezeichnung) der Begehung einer rechtswidrigen Tat iSv § 11 Nr. 5 (Nr. 1) bzw. des Bestehens einer Tat iSv § 126 I (Nr. 2). Das Vortäuschen muss geeignet sein, eine Behörde etc. zum sinnlosen Einschreiten zu veranlassen, woran es fehlt, wenn die Tat tatsächlich begangen worden ist bzw. bevorsteht. Str. ist, ob ein bloßes Aufbauschen bzw. Übertreiben einer tatsächlichen Tat ausreicht; die Rspr. bejaht dies nur, wenn durch die Hinzufügung die Tat ein völlig anderes Gepräge erhält (z.B. Raub statt bloßer Körperverletzung), nicht bei bloßen Übertreibungen. Tathandlung in § 145d II Nr. 1 ist das Lenken des Ver-

dachts auf einen Unbeteiligten oder das Veranlassen unnützer Maßnahmen der Strafverfolgungsbehörden durch konkrete Falschangaben (neben § 164 bleibt für § 145d II Nr. 1 allenfalls ein sehr geringer Anwendungsbereich), wobei str. ist, ob wirklich eine Tat begangen worden sein muss oder der Täuschende dies nur irrig anzunehmen braucht.

Neu eingefügt sind § 145d III und IV, die einem Missbrauch der in § 46b geregelten Kronzeugenregelung entgegen wirken sollen (nicht examensrelevant!).

## C. Allgemeine Aufbauregeln und Klausurtipps

**Vorrang hat immer die konkrete Fragestellung im ausgegebenen Sachverhalt (SV)!** Fehlt es daran oder ist nur allgemein nach der „Rechtslage“ bzw. „Strafbarkeit der/aller Beteiligten“ gefragt, empfiehlt es sich, wie folgt vorzugehen:

1. **Unterteilung des Sachverhalts** in einzelne Komplexe (normalerweise chronologisch; entscheidend sind aber Sinneinheiten – Absätze im SV-Text geben erste grobe Richtschnur); grundsätzlich nach Personen trennen und Person für Person prüfen! – Wenn nach der Strafbarkeit von „A und B“ gefragt ist, empfiehlt sich zu meist ein Anfangen mit der Strafbarkeit des A (zumindest im 1. Komplex und natürlich nur, wenn darin eine solche überhaupt in Betracht kommt).
2. **Beginn mit dem Tatnächsten** in jedem Komplex (Täter vor Teilnehmer; Tatmittler vor mittelbarem Täter; Einzeltäter vor Mittäter [wenn zwei für sich allein aufgrund gemeinsamen Tatentschlusses genau das gleich tun, bedarf es einer Prüfung der Zurechnungsregel des § 25 II nicht]; tatnäherer Mittäter vor dem tatterneren – sind alle gleich beteiligt, kann, es sei denn eine Unterscheidung nach Personen ist aus anderen Gründen angezeigt [zB Alter, Alkoholisierungsgrad oä], eine gemeinsame Prüfung durchgeführt werden). – Keinesfalls darf die Strafbarkeit Verstorbener als solche erörtert werden; denkbar ist aber ausnahmsweise ihre inzidente Prüfung, zB wenn es um die (strafbare) Teilnahme eines noch Lebenden an einer vorsätzlichen und rechtswidrigen Haupttat des Verstorbenen geht. Etwas anderes gilt nur bei eindeutigen SV-Fragen in Bezug auf eine Strafbarkeit (auch) des Verstorbenen.
3. Bei jeder Person wird idR mit dem **schwersten im fraglichen Komplex in Frage kommenden Delikt begonnen** („**Dickschiffe vorn!**“): Mord vor Hausfriedensbruch! – Ausnahmen können sich v. a. aus der Chronologie der Ereignisse ergeben (so ist eine fahrlässige Körperverletzung gem. § 229 möglicherweise Grundlage einer Ingerenzgarantenstellung und damit des danach zu prüfenden Totschlags durch Unterlassen gem. §§ 212, 13), soweit diesen nicht durch eine Unterteilung in einzelne Komplexe bereits Rechnung getragen ist!
4. **Tun immer vor Unterlassen** prüfen (wenn beides in Frage kommt!). Im obj. Tb. der Strafbarkeitsprüfung wegen einer Tatbegehung durch positives Tun (zB § 212), ist dann zu klären, ob der tatbestandsmäßige Erfolg tatsächlich kausal und obj. zurechenbar auf eine Aktivität des Täters zurückzuführen ist oder der Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit (so zumindest die hM und Rspr) auf einem bloßen Unterlassen liegt. In letzterem Fall ist die unter I. begonnene § 212-Prüfung mit negativem Ergebnis abzuschließen („T hat sich nicht wegen § 212 strafbar gemacht“) und sodann unter II. mit der Prüfung von §§ 212, 13 zu beginnen („T könnte sich aber in vorgenanntem Geschehen wegen Totschlags durch Unterlassen strafbar gemacht haben ...“).
5. **Unechte Unterlassungsdelikte** (zB §§ 212, 13 oder §§ 212, 22, 13) **immer vor echten** (§§ 138, 323c) prüfen! Nach Bejahung eines unechten Unterlassungsde-

likts (zB §§ 212, 13) scheidet eine Strafbarkeit wegen unterlassener Hilfeleistung zwingend aus, so dass § 323c nicht mehr zu prüfen ist!

6. **Vorsatzdelikte vor den entsprechenden Fahrlässigkeitsdelikten** prüfen! Wird Vorsatz bejaht (zB für § 212), ist eine Prüfung des (gleichen) Fahrlässigkeitstatbestandes verfehlt (zB § 222), es sei denn eine Strafbarkeit wegen Vorsatzdelikts scheidet wegen eines Tatbestands- oder Erlaubnistatumstandsirrturns (analog) § 16 aus (vgl. § 16 I 2). – Gibt es für ein Verhalten (zB Diebstahl) keinen Fahrlässigkeitstatbestand, ist auf die Frage einer fahrlässigen Begehung desselben keinesfalls einzugehen (auch nicht nach Bejahung eines Tatbestandsirrturns, denn § 16 I 2 begründet keine Fahrlässigkeitsstrafbarkeit, sondern lässt eine solche nur offen)!
7. **Vollendetes Delikt vor dessen Versuch** prüfen (wenn Vollendung möglich und zB wegen fehlender Zurechnung abzulehnen ist). Wenn hingegen der Taterfolg eindeutig nicht eingetreten ist (zB das Opfer eines möglichen Totschlagsversuchs lebt noch), ist es verfehlt, zuerst eine Vollendung von § 212 zu prüfen; hier genügt ein kurzer Hinweis auf den Nichteintritt des (tödlichen) Erfolgs in der Vorprüfung bei §§ 212, 22 (ein solcher ist aber nicht verzichtbar!). Wird ein Tatbestand zunächst (noch) nicht vollendet, wohl aber im Verlauf des weiteren Sachverhalts (zB zunächst mit der Ansichnahme einer Ware nur Gewahrsamslockerung, erst mit dem Weggehen aus dem Supermarkt Gewahrsamsbruch [= Diebstahlsvollendung, § 242]) ist es idR verfehlt, zunächst Versuch und anschließend Vollendung zu prüfen (und gar beides zu bejahen); angezeigt ist hier eine Prüfung des gesamten Vorgangs im objektiven Tatbestand des vollendeten Delikts, wobei zB der Zeitpunkt des Gewahrsamsbruchs chronologisch zu untersuchen ist.
8. **Anstiftung muss vor Beihilfe** geprüft werden (keine Zusammenprüfung unter dem Oberbegriff „§§ 25 ff.“ oder entsprechende „Vorprüfungen“ – eine solche gibt es nur beim Versuch und auch dort nur unter klarer Bezeichnung des fraglichen Delikts sowie der zu prüfenden Beteiligungsform!). Erst danach ist Verbrechenverabredung oder versuchte Anstiftung zu einem Verbrechen (§ 30) zu prüfen. Wenn eine zunächst erfolglose Anstiftung doch noch erfolgreich ist, ist idR eine Prüfung von § 30 I (in chronologischer Reihenfolge) untunlich.
9. **Qualifikation grundsätzlich nach Bejahung des Grundtatbestandes** prüfen (nie umgekehrt!)! Wenn es um klare Sachverhalte geht, kann auch eine gemeinsame Prüfung vorgenommen werden (zB §§ 223, 224). Nicht empfehlenswert ist eine gemeinsame Prüfung von Grundtatbestand, Qualifikation und Erfolgsqualifikation (also nicht §§ 223, 224, 227 sondern §§ 223, 224 und anschließend § 227).
10. Soweit **in einem Tatbestand mehrere Varianten** in Frage kommen können, prüfen Sie alle nacheinander und grundsätzlich unter nur einer Überschrift (zB § 224 I Nr. 1, 2, 5); wenn Sie die erste Variante bejahen, prüfen Sie trotzdem noch alle weiteren denkbaren Varianten.
11. **Regelbeispiele im Anschluss an die Schuld** als eigenen 4. Punkt prüfen (wenn zB ein Rücktritt vom Versuch oder Straffreiheit wegen tätiger Reue bejaht wird, keine Prüfung der Regelbeispiele mehr! – Folglich sind Regelbeispiele grundsätzlich nach Verneinung eines Rücktritts vom Versuch [dann als Punkt 5.] zu prüfen); Strafzumessungserwägungen sind idR nicht anzustellen, es sei denn, ein Regelbeispiel wurde geprüft und verneint, es liegt aber ein unbenannter besonders schwerer Fall vor, oder es handelt sich um einen Fall von § 21, der aber bereits im Rahmen der Schuld (nach § 20 – es handelt sich ja bei § 21 um verminderte Schuldfähigkeit) anzusprechen ist.

12. **Bei Antragsdelikten** kommt es für die materielle Strafbarkeitsprüfung als solche nach hM nicht auf das Vorliegen eines Strafantrags an, weil dessen Vorliegen trotz der Regelung in §§ 77 ff. StGB danach nur eine Prozessvoraussetzung darstellen. Allerdings sollte am Ende der Prüfung eines Antragsdelikts auf das Erfordernis eines (ggf. noch zu stellenden) Strafantrags hingewiesen werden, wenn sich nicht dessen Stellung bereits aus dem SV oder der Fallfrage ergibt („ggf. erforderliche Strafanträge sind gestellt“). Wird umgekehrt ausdrücklich darauf hingewiesen, dass ein Antragsberechtigter auf die Stellung des Strafantrags verzichtet oder diesen zurückgenommen hat (oder dass die Antragsfrist ohne Antragsstellung verstrichen ist), macht damit der Klausursteller deutlich, dass diese Strafbarkeit nicht geprüft werden sollte.
13. **Achten Sie auf die Schwerpunktsetzung bei Ihrer Fallbearbeitung!** – Aus dem Dickschiffe-vorn-Grundsatz lässt sich nicht nur eine Prüfungsreihenfolge der Straftatbestände ableiten; zugleich ist er auch Ausdruck davon, dass eine Fallbearbeitung die – auch mit Blick auf das Ergebnis, d. h. die Strafbarkeit des jeweils geprüften Tatbeteiligten – wichtigen Fragen ausführlicher und die weniger bedeutsamen knapper abhandelt. Geht es um eine Strafbarkeit wegen Mordes und Hausfriedensbruchs, wäre eine annähernd gleich ausführliche Prüfung von § 211 und § 123 dem Fall nicht angemessen, schon weil neben einer bejahten § 211-Strafbarkeit eine solche wegen § 123 v. a. mit Blick auf die Strafe nicht mehr so sehr ins Gewicht fällt. – Bei mehreren Komplexen sollte jedem von ihnen angemessen Raum gewährt werden; maßgeblich hierfür ist zumeist die Länge des SV sowie die Zahl und Schwierigkeit der darin angesprochenen Tatbestände bzw. Rechtsfragen (insoweit vergleichbare Komplexe sollten ähnlich ausführlich bearbeitet werden).
14. **Prüfen Sie nur Straftatbestände, die in der Prüfungsordnung als examensrelevant ausgewiesen sind!** V. a. Tatbestände aus dem Nebenstrafrecht fallen damit weg, es sei denn, ausnahmsweise wird im SV oder in der Fragestellung ausdrücklich auch darauf Bezug genommen (dann genügt für eine Bearbeitung regelmäßig eine kritische Lektüre des jeweiligen Gesetzestextes).
15. **Rechtsfragen werden grundsätzlich einmal erörtert**, nämlich wenn sie das erste Mal aufgeworfen werden. Danach kann auf eine bereits geklärte Rechtsfrage verwiesen werden („wie oben für A dargelegt, setzt eine Bande iSv § 244 I Nr. 2 mind. 3 Mitglieder voraus ...“). Grundsätzlich unzulässig ist dagegen ein Verweis auf die Subsumtion bei einem anderen Tatbeteiligten; falsch wäre daher: „Wie für A bereits ausgeführt, hat auch B den Tatbestand des § 244 I Nr. 2 verwirklicht“, denn die Strafbarkeit jedes Beteiligten muss grundsätzlich gesondert geprüft – wenngleich natürlich unter Zugrundelegung der gleichen Rechtsauffassung (falsch, weil widersprüchlich wäre daher natürlich auch eine abweichende Meinung zur notwendigen Zahl der Bandenmitglieder in der Prüfung von A und B).
16. **StPO-(Zusatz-)Fragen** sind regelmäßig zuletzt und nicht im Rahmen des konkreten Fallaufbaus zu erörtern (Verstoß gegen § ... StPO, gegen § ... GVG usw). Da ihnen erfahrungsgemäß bei der Bewertung kein entscheidender Einfluss zukommt und gute Ausführungen häufig nur als Pluspunkte honoriert werden, sollte der materiellen Fallbearbeitung der Großteil der Bearbeitungszeit geschenkt werden; notfalls sollte eher auf die StPO-Frage als auf materielle Strafbarkeitsfragen verzichtet werden. Zu typischen StPO-Zusatzfragen ausführlich *Murmann/Grassmann*, Beilage zu JuS 3/2001; allerdings hat sich die StPO seither teilweise geändert).

Zur **Darstellung**: Schreiben Sie immer *eindeutige Überschriften* unter Nennung der entscheidenden Paragraphen (zB nicht „§ 224“, sondern „§§ 224 I Nr. 1, II, 22“ für eine versuchte Körperverletzung durch Giftbeibringung). Zu Anfang jeder Tatbestandsprüfung muss gesagt werden, welches konkrete Täterverhalten daraufhin untersucht wird, ob es einen genau bestimmten Tatbestand erfüllt.

Die Prüfung erfolgt grundsätzlich (auch bei der StPO-Zusatzfrage) im **Gutachtenstil** (Ausnahme nur möglich bei ganz klaren Sachverhaltsteilen)! Am Ende jeder Prüfung muss ein eindeutiges Ergebnis festgehalten werden, das die Prüfungsfrage vom Anfang der Tatbestandsprüfung vollständig beantwortet! Das Verhältnis der verschiedenen (bejahten) Tatbestände untereinander wird idR am Schluss unter der Überschrift „*Konkurrenzen und Gesamtergebnis*“ abgehandelt. Dass Qualifikationen normalerweise den Grundtatbestand verdrängen, kann (und sollte) jedoch bereits im unmittelbaren Anschluss an die Bejahung von Grundtatbestand und Qualifikation festgestellt werden.

## Urkundsdelikte (§§ 267 ff., 348)

### I. Systematik

§§ 267 ff., 348 StGB schützen **die Sicherheit und Zuverlässigkeit des Rechtsverkehrs mit Urkunden, technischen Aufzeichnungen und Daten als Beweismitteln**, nicht hingegen das Vermögen des aufgrund einer Urkundenfälschung Geschädigten. Da die Urkundsdelikte mithin ein **überindividuelles Rechtsgut** schützen, kommen sie nicht als Schutzgesetz i. S. v. § 823 II BGB in Betracht. Allerdings kann die Vorlage einer gefälschten Urkunde u. U. einen gem. § 263 StGB strafbaren Betrug darstellen.

Bei Urkunden bestehen vier unterschiedliche Schutzrichtungen:

- § 267 schützt bei allen Urkunden das Vertrauen auf ihre Echtheit und Unverfälschtheit (nicht auch ihre inhaltliche Wahrheit)
- §§ 348, 271, 276, 276a, 277 Alt. 1, 278, 279 schützen vor allem bei öffentlichen Urkunden das Vertrauen auf die Wahrheit des erklärten Inhalts
- §§ 273, 274 I Nr. 1 schützen die Bestandserhaltung, jederzeitige Verfügbarkeit und äußere Unversehrtheit einer Urkunde
- § 281 schützt vor missbräuchlicher Verwendung echter Ausweispapiere

### II. Gegenstände

Gegenstand eines Urkundsdelikts sind aufgrund der technischen Entwicklung heute nicht mehr nur **Urkunden** im strafrechtlichen Sinne, sondern auch **technische Aufzeichnungen** (§ 268) und **beweiserhebliche Daten** (§ 269).

#### 1. Urkunden

Urkunde im strafrechtlichen Sinne ist nach h. M. jede **verkörperte Gedankenerklärung**, die **zum Beweis im Rechtsverkehr geeignet und bestimmt** ist und die **ihren Aussteller erkennen** lässt. Man unterscheidet daher drei Funktionen, deren kumulatives Vorliegen charakteristisch für eine Urkunde i. S. d. §§ 267 ff. ist:

- Perpetuierungsfunktion (hinreichend feste Verbindung von Gedankenerklärung mit körperlichem Gegenstand)
- Beweisfunktion
- Garantiefunktion (Erkennbarkeit des Ausstellers).

#### a) Verkörperte Gedankenerklärung

Kein Charakteristikum für das Vorliegen einer Urkunde ist daher nach h. M. die Schriftlichkeit (auch wenn dies der Regelfall sein dürfte), wenn die Gedankenerklärung auch auf andere Weise perpetuiert ist, d. h. dauerhaft fortbesteht und jedenfalls von einem Eingeweihten auch „gelesen“ werden kann; es genügt nicht, wenn etwa ein Tonband oder eine Diskette abgespielt werden kann, weil deren Äußerem der darin aufgezeichnete Gedankeninhalt nicht entnommen werden kann. Daran fehlt es auch bei nur vorübergehenden Äußerungen (z. B. in den Schnee geschrieben).

Nicht zwingend ist auch eine Unterzeichnung durch den Aussteller; der Garantiefunktion wird bereits genüge getan, wenn der Aussteller auf andere Weise (etwa aus den Umständen für einen Eingeweihten) erkennbar ist. So kann es sich bei einem Bierdeckel mit vom Kellner gezogenen Strichen für die erhaltenen Biere um eine Urkunde im strafrechtlichen Sinne handeln, wenn diese Grundlage der Abrechnung sein sollen und damit zum Beweis der zu zahlenden Geldsumme geeignet und bestimmt sind.

Das gleiche gilt für mit einem körperlichen Gegenstand fest verbundene Beweiszeichen (z. B. TÜV-Prüfplakette auf Nummernschild an Pkw); keine Urkunden sind dagegen bloße Kennzeichen, die nicht für bestimmte rechtliche Beziehungen Beweis erbringen sollen, sondern ihrer Funktion nach lediglich der unterschiedlichen Kennzeichnung, der Sicherung oder dem Verschluss einer Sache dienen (z. B. Eigentümerzeichen in Büchern), wobei die Abgrenzung zu Beweiszeichen nicht immer einfach ist (maßgeblich für ein Beweiszeichen ist die für eine Urkunde konstitutive Beweisfunktion).

## **b) Beweiseignung und -bestimmung**

Beweiseignung bedeutet nicht Beweiskraft im Zivilprozess i. S. v. § 415 ff. ZPO; es genügt, wenn die Urkunde allein oder mit anderen Beweismitteln zusammen für die Überzeugungsbildung von der darin verkörperten Gedankenerklärung mitbestimmend ins Gewicht fallen kann. Beweisbestimmung liegt nicht nur vor, wenn die Urkunde zu Beweis Zwecken angefertigt wurde („Absichtsurkunde“, z. B. schriftlicher Vertrag), sondern auch, wenn eine zuvor ohne Beweisabsicht verkörperte Gedankenerklärung später im Rechtsverkehr zu Beweis Zwecken instrumentalisiert wird („Zufallsurkunde“, z. B. Liebesbrief an Geliebte im späteren Scheidungsverfahren). Noch keine Urkunde ist ein Urkundenentwurf, selbst wenn er bis zu einer Vergewisserung des Ausstellers, ob er diesen Entwurf nutzen und damit zu einer Urkunde machen sollen, bereits im Vorhinein unterschreiben ist (z. B. vorbereitete und unterschriebene Quittung, die bei Übergabe der Ware ausgehändigt werden soll; kommt es dazu nicht, wird das Schriftstück trotz seiner Unterschrift hinfällig).

## **c) Erkennbarkeit des Ausstellers**

Die Urkunde muss den Aussteller erkennbar machen, d. h. die Person, der die darin verkörperte Gedankenerklärung im Rechtsverkehr zugerechnet wird und von dem sie deswegen geistig herrührt. Das ist nicht notwendig derjenige, der die Urkunde verfasst. Bei rechtlich wirksamer (verdeckter) Stellvertretung (Vertreter unterzeichnet mit dem Namenszug des Vertretenen) ist der Vertretene Aussteller (nicht z. B. bei Testament wegen § 2247 BGB), bei einem Behörden- oder Firmenstempel neben dem Namenszug die Behörde oder Firma; auch kann sich der Aussteller die Gedankenerklärung eines anderen zu eigen machen, so dass etwa die Unterschrift unter eine nicht selbst verfasste Klausur keine Urkundenfälschung darstellt.

Keine Urkundsqualität kommt daher anonymen Schreiben (ebenso bei versteckter Anonymität durch Verwendung eines offensichtlichen Allerweltsnamens, z. B. „Lieschen Müller“ oder historischer Namen wie „Götz v. Berlichingen“) sowie Fotokopien zu, da diese nur das Abbild der kopierten Urkunde darstellen und insoweit ihren Aussteller nicht erkennen lassen (zu Urkunden werden sie allerdings, wenn sie nicht den Anschein einer Kopie, sondern des Originals haben sollen); beglaubigten Abschriften und Kopien sind dagegen Urkunden, weil der Beglaubigungsstempel als Gedankenerklärung die beglaubigende Person bezeichnet.

Selbsttätig durch ein Aufzeichnungsgerät bewirkte technische Aufzeichnungen sind keine Urkunde (Strafbarkeit der Fälschung technischer Aufzeichnungen in § 268), wohl aber etwa von einer Behörde versandte nicht unterschriebene Computerausdrucke, wenn erkennbar ist, welche Behörde deren Inhalt als ihre Erklärung mitteilen wollte.

## **d) Zusammengesetzte Urkunden**

Eine zusammengesetzte Urkunde liegt vor, wenn eine verkörperte Gedankenerklärung mit dem Augenscheinsobjekt, auf das sich ihr Erklärungsinhalt bezieht (Bezugsobjekt), räumlich fest zu einer Beweiseinheit verbunden ist (BGH NStZ 1984, 73, 74).

## **e) Gesamturkunde**

Eine Gesamturkunde liegt vor, wenn mehrere Einzelurkunden so zu einem sinnvollen und geordneten Ganzen zusammengefasst sind, dass gerade diese Zusammenfassung einen über den gedanklichen Inhalt der Einzelteile hinausgehenden Erklärungs- und Beweiswert hat (RGSt 60, 17, 19). Herstellung und Führung der Gesamturkunde müssen auf Gesetz, Geschäftsgebrauch oder Vereinbarung der Betroffenen beruhen; zusätzlich muss die Verbindung der Einzelurkunden eine gewisse Festigkeit aufweisen (z. B. kaufmännische Handelsbücher).

## **2. Technische Aufzeichnungen (§ 268)**

Technische Aufzeichnungen i. S. v. § 268 II sind nach h. M. in Parallele zu § 267 (Perpetuierungsfunktion) nur solche, die zu einer dauerhaften Verkörperung der aufgezeichneten Daten führen (z. B. Scheibe eines Fahrtenschreibers), so dass etwa der Zählerstand am Kilometerzähler nicht ausreicht, weil er mit dem Weiterfahren verändert wird.

## **3. Beweiserhebliche Daten (§ 269)**



### III. § 267

#### 1. Obj. Tatbestand: Tathandlung ist das

- Herstellen einer unechten Urkunde (Alt. 1)
- Verfälschen einer echten Urkunde (Alt. 2)
- Gebrauchen einer unechten oder verfälschten Urkunde (Alt. 3).

#### a) Herstellen einer unechten Urkunde

Da eine Urkunde nur unecht ist, wenn die verkörperte Gedankenerklärung in Wirklichkeit nicht von demjenigen stammt, dem sie im Rechtsverkehr aufgrund der Garantiefunktion zugerechnet wird, kommt es für § 267 nicht auf die inhaltliche Richtigkeit der Gedankenerklärung an. Herstellen einer unechten Urkunde meint damit das Anfertigen einer verkörperten Gedankenerklärung, die von einem anderen als ihrem scheinbaren Aussteller stammt.

#### b) Verfälschen einer echten Urkunde

Verfälschen ist nach h. M. jede unbefugte nachträgliche Veränderung der Beweisrichtung und des gedanklichen Inhalts einer echten Urkunde (z. B. auf dem Scheck des Ausstellers wird hinter den von diesem eingetragenen Betrag eine Null gesetzt – dies erweckt den Eindruck, der Scheckaussteller selbst habe den höheren Betrag als seine Gedankenerklärung aufgeschrieben). Der Aussteller der echten Urkunde muss der gleiche bleiben; ersetzt der Täter den Namen des Ausstellers der echten Urkunde durch seinen eigenen, macht er sich den Inhalt der Gedankenerklärung zu eigen und stellt damit eine – möglicherweise inhaltlich falsche – echte Urkunde her. Überdies darf die Urkunde durch die Verfälschung ihre Beweiseignung und damit ihre Urkundsqualität nicht (vorübergehend) gänzlich verlieren (dann ggf. § 274 I Nr. 1). Soweit das Verfälschen einer echten Urkunde zugleich das Herstellen einer unechten liegt, tritt letzteres zurück; das Verfälschen einer unechten Urkunde fällt nicht unter Alt. 2, sondern als erneutes Herstellen einer unechten Urkunde unter Alt. 1. Auch das abredewidrige Ausfüllen eines Blanketts durch den Nichtaussteller stellt ein Verfälschen einer Urkunde dar (z. B. Blankoscheck wird vom Berechtigten mit einer über dem vereinbarten Rahmen liegenden Summe aufgefüllt).

Im Regelfall ist das Ergebnis eines Verfälschens einer echten Urkunde eine unechte Urkunde; insoweit wäre Alt. 2 eigentlich unnötig. Bedeutung gewinnt er allerdings, wenn der Aussteller der echten Urkunde diese nach Erlöschen seines Änderungsrechts unbefugt verändert, denn da der geänderte Gedankeninhalt immer noch von ihm stammt, ist die Urkunde auch nach der Änderung nicht unecht. Nach h. M. erlischt das Änderungsrecht des Ausstellers an der Urkunde, wenn diese so in den Rechtsverkehr gelangt ist, dass sie nicht mehr der alleinigen Verfügung des Ausstellers unterliegt und ein anderer ein Recht auf ihren unverfälschten Fortbestand erlangt hat (z. B. Klausur nach Abgabe bei der Aufsicht; vgl. *Wessels/Hettinger* Rn. 847 ff.).

#### c) Gebrauchen einer unechten/verfälschten Urkunde

Gebrauchen meint das dem zu Täuschenden Zugänglichmachen der Urkunde selbst (nicht bloß ihrer Kopie) derart, dass er Möglichkeit zur Kenntnisnahme daran hat (auf tatsächliche Kenntnisnahme kommt es nicht an); daher muss die unechte oder verfälschte Urkunde jedenfalls in den Machtbereich des zu Täuschenden gelangt sein.

#### 2. Subj. Tatbestand

Subj. fordert § 267 I **bedingten Vorsatz bzgl. den obj. Merkmalen** (§ 15); insbes. muss der Täter die Umstände kennen, deren Vorliegen für den strafrechtlichen Urkundsbegriff konstitutiv ist. Ein Irrtum etwa dahin gehend, eine von § 267 geschützte Urkunde müsse bestimmte formelle Anforderungen erfüllen, z. B. unterschrieben sein, ist daher nur unbeachtlicher Subsumtionsirrtum, nicht Tatbestandsirrtum i. S. v. § 16.

**Zur Täuschung im Rechtsverkehr** handelt, wer einen anderen über die Echtheit bzw. Unverfälschtheit der Urkunde zu täuschen sucht und ihn dadurch zu einem rechtserheblichen Verhalten veranlassen will; **nicht erforderlich ist eine Täuschungsabsicht, wohl aber dol. dir.**, so dass bloßer dol. event. nicht ausreicht.

Hat der Täter bereits beim Herstellen oder Verfälschen Vorsatz bzgl. des konkreten nachfolgenden Gebrauchs, liegt nur eine Tat im Rechtssinne vor, wobei das Gebrauchen als der intensivere Rechtsgutseingriff vorgeht. Ist der Gebrauch dagegen allenfalls in Umrissen geplant (anderenfalls fehlt es an einem Handeln zur Täuschung im Rechtsverkehr), liegen im Herstellen/Verfälschen und späteren Gebrauchen zwei tatmehrheitliche Straftaten (§ 53).

Da § 267 I bereits mit dem Herstellen/Verfälschen der Urkunde vollendet ist, kommt ein strafbefreiender Rücktritt vom strafbaren (§ 267 II) Versuch der Urkundenfälschung – etwa durch Zerreißen der gefälschten Urkunde vor Gebrauch – gem. § 24 nicht mehr in Betracht; umstr. ist, ob insoweit ausnahmsweise auch ohne gesetzliche Tätige-Reue-Vorschrift ein Absehen von Strafe möglich ist (dagegen spricht der Einzelcharakter der Tätige-Reue-Normen und, dass die „Lücke“ schon lange bekannt ist, so dass von einer Planwidrigkeit der Lücke als Grundlage einer Analogie nicht die Rede sein kann).

#### **IV. Falschbeurkundung, §§ 348, 271**

**1. Gegenstand: Echte öffentliche Urkunden:** Gegenstand von §§ 348, 271 sind echte, aber inhaltlich falsche Urkunden. Gegen Inhaltsverfälschungen geschützt sind nur öffentliche Urkunden etc. i. S. v. § 415 ZPO, d. h. Urkunden, die von einer öffentlichen Behörde oder von einer mit öffentlichem Glauben versehenen Person (z. B. Notar) innerhalb ihrer sachlichen Zuständigkeit in der vorgeschriebenen Form aufgenommen worden sind, die für den Rechtsverkehr bestimmt sind und dem Zweck dienen, Beweiskraft für und gegen jedermann zu erbringen (*BGHSt* 19, 19); daran fehlt es bei schlicht amtlichen Urkunden, die nur den inneren Dienstbetrieb einer Behörde regeln. Eine öffentliche Urkunde ist durch §§ 348, 271 nur insoweit geschützt, als ihre Einzelbestandteile erhöhte Beweiskraft haben; so beweist der Kfz-Schein zwar die Zulassung des Kfz unter einem bestimmten amtlichen Kennzeichen, nicht aber auch die darin enthaltenen Angaben zur Person des Zulassungsinhabers (*BGHSt* 20, 186; 22, 201).

**2. Täterkreis:** § 348 nennt als tauglichen Täter nur den Amtsträger (§ 11 I Nr. 2); die Herstellung einer inhaltlich falschen Urkunde ist mithin **echtes Amtsdelikt** (§ 28 I), so dass eine mittelbare Täterschaft eines Nichtamtsträgers, der durch Täuschung des Amtsträgers dessen falsche Beurkundung veranlasst, nicht von § 348 erfasst ist. Möglich ist allerdings – wenn der Amtsträger vorsätzlich und rechtswidrig § 348 verwirklicht – eine Beteiligung des Nichtamtsträgers daran gem. §§ 348, 26 f.

In Fällen von Gutgläubigkeit des falsch beurkundenden Amtsträgers bleibt als Auffangtatbestand § 271, der aber nach h. M. auch die Fälle erfassen soll, dass der Nichtamtsträger den Amtsträger irrig für gutgläubig hält (für eine objektiv gegebene §§ 348, 26-Strafbarkeit fehlt der Vorsatz auf die Begehung der Haupttat), sowie umgekehrt ein irriges Für-Bösgläubig-Halten des Amtsträgers (umstr., weil damit faktisch entgegen § 30 eine Strafbarkeit für eine nur versuchte Anstiftung zum Vergehen des § 348 pönalisiert wird).

**V. Fälle: (1) Bierdeckel** (vgl. *Krey/Hellmann/Heinrich*, BT I, Rn. 971): T trinkt in einer Kneipe zahlreiche Bier; der Kellner K macht bei jedem neuen Glas einen Strich auf den Bierdeckel. Als es T zu viel wird, radiert er drei Striche weg; K berechnet ihm daraufhin einen entsprechend geringeren Preis. T ist zwar klar, dass der Bierdeckel Grundlage der Abrechnung sein soll, doch hält er sein Verhalten nicht für eine Urkundenfälschung, weil Urkunden doch unterschrieben sein müssten. Zu recht?

**(2) Klausur** (vgl. *BayObLG NJW* 1981, 772): Der schüchterne Kommilitone K, der bereits die erste Modulabschlussklausur im Strafrecht bestanden hat, bietet der bislang glücklosen, aber bildhübschen T seine Hilfe an. Sie vereinbaren, dass K der T den Klausurtext formuliert und T diesen unterschreibt und abgibt. Strafbarkeit von T und K wegen § 267 und § 271, wenn die zu gute Note Eingang in die Notenübersicht findet? – Ändert sich etwas, wenn K die Klausur mit dem Namen der T unterzeichnet und abgibt?

**(3) Hausarbeit** (vgl. *Wessels/Hettinger* BT/1 Rn. 841): Nach Abgabe der Hausarbeit muss K realisieren, dass die von ihm abgegebene Hausarbeit aufgrund einer Computerpanne im Mittelteil nicht auf dem letzten Stand war. Als „Musterschüler“ stattet er daraufhin dem Übungsleiter Professor P einen Besuch ab und ersetzt in der noch auf dem Schreibtisch des P liegenden Hausarbeit in einem unbeobachteten Moment die fehlerhaften Blätter durch andere. Hat sich K deshalb wegen Verfälschens einer Urkunde strafbar gemacht? – Ändert sich etwas, wenn er die ganze Hausarbeit mitnimmt und gegen eine mitgebrachte neue austauscht?

## Straßenverkehrsdelikte

### I. Systematik

Als Straßenverkehrsdelikte schützen die §§ 315b – 316 nach h. M. die **Sicherheit (nur des öffentlichen) Straßenverkehrs als Universalrechtsgut und daneben auch Leben, körperliche Unversehrtheit und fremdes Eigentum als Individualrechtsgüter**; die Betonung des Universalrechtsguts hat zur Konsequenz, dass eine Einwilligung des allein gefährdeten Mitfahrers nicht zu einer Rechtfertigung einer Straßenverkehrsgefährdung durch einen betrunkenen Fahrer führen kann (BGHSt 23, 261). Systematisch eng verwandt ist § 316a, der allerdings den Schwerpunkt auf den Schutz der Individualrechtsgüter legt und nur ergänzend auch die Sicherheit des Kraftverkehrs schützt. Dagegen **schützt § 142 bloß das Vermögen**. *Aufbauhinweis:* Soweit in der klausurträchtigen Kombination der Fahrer nach einem alkoholbedingten Unfall einfach wegfährt, empfiehlt sich eine chronologische Prüfung der Straftatbestände bis zum (§§ 315c, 316) und nach dem Unfall (§§ 142, 316), da die Rspr. im Unfall eine Zäsur erblickt, die zwischen dem Geschehen vor und nach dem Unfall Tatmehrheit (§ 53) begründet. Soweit ein Verhalten sowohl § 315b als auch § 315c erfassen kann, empfiehlt es sich, mit § 315c anzufangen, weil die Rspr. gerade aus dem möglichen Zusammentreffen beider Normen zu deren Abgrenzung Einschränkungen des § 315b in subj. Hinsicht vorgenommen hat. Zu beachten ist sodann die Verbrechensqualifikation des § 315b III i. V. m. § 315 III; eine solche gibt es bei § 315c nicht. Sollte bei einer Trunkenheitsfahrt eine konkrete Gefährdung von Leib, Leben oder fremden Sachen von bedeutendem Wert nach dem SV nicht offensichtlich ausgeschlossen sein, ist aufgrund der Subsidiaritätsklausel in § 316 mit § 315c zu beginnen.

### II. Gefährdungsdelikte

Strukturell handelt es sich bei §§ 315b – 316 und § 142 um Gefährdungsdelikte, d.h. ein Erfolg i.S. einer Rechtsgutsverletzung muss nicht eingetreten sein. **§§ 315b, c sind konkrete Gefährdungsdelikte**, für deren Vollendung der Eintritt eines sog. Gefahrerfolges notwendig ist (ansonsten nur Versuch, strafbar gem. §§ 315b II, 315c II [nur für Abs. 1 Nr. 1]), wofür erforderlich ist, dass das Ausbleiben des Erfolges allein dem Zufall zu verdanken ist. Durch eine der Tatmodalitäten konkret gefährdet sein müssen jeweils Leib, Leben oder fremde Sachen von bedeutendem Wert (ab 750 – 1000 €). Nach h.M. genügt weder eine konkrete Gefährdung des Fahrzeugs (weil Tatwerkzeug), auch wenn dieses nicht dem Täter gehört, noch diejenige tatbeteiligter Mitfahrer. Dagegen knüpft **§ 316 als abstraktes Gefährdungsdelikt** bereits an die bloße Vornahme einer typischerweise gefährlichen Handlung eine Strafhaftung an, ohne dass es auf irgendeine tatsächliche Gefahr in concreto ankommt. § 316 tritt aufgrund der expliziten Subsidiaritätsklausel gegenüber § 315c (nicht auch § 315b) zurück. **§ 142 ist ein abstraktes Vermögensgefährdungsdelikt**.

### III. Täterkreis

**§§ 315c, 316 sind eigenhändige Delikte**, d.h. nur derjenige, der das Fahrzeug führt, kann sie täterschaftlich begehen. Das Führen des Kfz als Tathandlung steht überdies einer Anknüpfung an Vorfeldhandlungen wie ein Sich-Betrinken des Fahrers vor Fahrtantritt unter dem Gesichtspunkt einer Strafbarkeit nach den Grundsätzen der actio libera in causa entgegen (BGHSt 42, 235). Dagegen kann **Täter des § 142 jeder Unfallbeteiligte i.S.v. § 142 V**, d. h. nicht nur der Fahrzeugführer, sein. **§ 315b ist ein von jedermann begehbare Delikt**.

### IV. Subjektive Tatseite

Während **§§ 316a, 142** aufgrund ihres vermögensschützenden Charakters nur bei **Vorsatz** strafbar sind, genügt für die Gefährdungsdelikte der **§§ 315b – 316 auch eine fahrlässige Tatbegehung**. §§ 315b I, § 315c I erfordern als Vorsatzdelikte sowohl Vorsatz hinsichtlich einer der darin genannten Tatmodalitäten (z.B. Trunkenheitsfahrt) als auch Vorsatz bzgl. des Eintritts der konkreten Gefahr. Gefährdungsvorsatz bedeutet nicht Verletzungsvorsatz; charakteristisch für Gefährdungsvorsatz ist es, dass der Täter in Kenntnis der Möglichkeit der Gefahrrealisierung doch noch ernsthaft auf einen guten Ausgang vertraut und deswegen nur das kognitive, nicht aber auch das voluntative Element eines bedingten Verletzungsvorsatzes erfüllt (vgl. Lackner/Kühl, § 15 Rn. 28). Handelt der Täter mit Verletzungsvorsatz, liegt darin natürlich erst recht Gefährdungsvorsatz. **§§ 315b IV, 315c III Nr. 1** kombinieren dar-

über hinaus als sog. **Vorsatz-Fahrlässigkeits-Kombination** eine vorsätzliche Tatbegehung (etwa eine Trunkenheitsfahrt) mit einem nur fahrlässig verursachten Gefahrerfolg; dabei handelt es sich gem. § 11 II insges. – wie bei den Erfolgsqualifikationen – um Vorsatzdelikte.

## V. Die Tatbestände

### 1. Gefährdung des Straßenverkehrs, § 315c

Gemeinsames Merkmal aller Tatmodalitäten ist das **eigenhändige Führen eines Fahrzeugs** (nicht nur Kfz, auch z.B. Fahrrad) **im Straßenverkehr** entweder in fahruntüchtigem Zustand (v.a. betrunken) oder unter grob verkehrswidriger und rücksichtsloser Begehung eines der in § 315c I Nr. 2 a – g gravierenden Verkehrsverstößen („7 Todsünden“). Führen erfordert, dass jemand das Fahrzeug unmittelbar in Bewegung setzt oder hält (*BGHSt* 35, 390), dabei dessen Antriebskräfte bestimmungsgemäß anwendet und dessen Fortbewegung unter Handhabung der jeweiligen techn. Vorrichtungen ganz oder teilw. leitet; genügen kann bereits das Anrollenlassen eines Pkw auf Gefällstrecke ohne Motorkraft (*BGHSt* 14, 185), nicht aber das Schieben des Fahrrades oder das unwillentliche In-Bewegung-Setzen eines Fahrzeugs (vgl. *Heger*, in: *Lackner/Kühl* § 315c Rn. 3).

**Fahruntüchtigkeit wie Verkehrsverstoß müssen zu einer konkreten Gefahr für Leib, Leben oder fremde Sachen von bedeutendem Wert geführt haben**; daran fehlt es etwa bei einem alkoholbedingten Schlangenlinienfahren, wenn dadurch kein anderes Kfz oder sonstige Sachen bzw. Personen gefährdet werden. An der erforderlichen („dadurch“) Kausalität von Fahruntüchtigkeit bzw. Verkehrsverstoß fehlt es, wenn der Fahlfehler auch ohne dieses Fehlverhalten eingetreten wäre (z.B. etwas zu schnelles Fahren bei Kälte und dadurch bedingtes Rutschen auf einer nicht erkennbaren Eisplatte ist nicht unbedingt durch Trunkenheit verursacht, sondern kann auch jedem normalen Fahrer passieren).

**Für die Tatmodalitäten des § 315c I Nr. 2 muss der Fahrer grob verkehrswidrig und rücksichtslos gehandelt haben.** Grob verkehrswidrig ist ein obj. besonders schwerer, d.h. typischerweise besonders gefährlicher Verstoß gegen eine in Nr. 2 a – g aufgezählte Verkehrsnorm; rücksichtslos handelt, wer sich aus eigensüchtigen Gründen über die ihm bewusste Pflicht zur Vermeidung unnötiger Gefährdung anderer hinwegsetzt oder aus Gleichgültigkeit Bedenken gegen sein Verhalten von vorneherein nicht aufkommen lässt.

### 2. Trunkenheit im Verkehr, § 316

Bzgl. der **alkoholbedingten Fahruntüchtigkeit** unterscheidet man eine **absolute** (ab 1,1 Promille BAK) und eine **relative** (ab 0,3 Promille BAK, wenn zusätzliche Anzeichen für Fahruntüchtigkeit sprechen). – Vorsatz in Abs. 1, Fahrlässigkeit in Abs. 2.

### 3. Gefährlicher Eingriff in den Straßenverkehr, § 315b

Während § 315c exklusiv Fehlleistungen des Fahrers in der Bewältigung von Vorgängen des fließenden Verkehrs erfasst, bezieht sich **§ 315b nur auf verkehrsfremde Eingriffe**; diese werden zwar häufig von außen in den Verkehrsraum getragen (z.B. Steinewerfen von einer Brücke), können aber auch durch – nach *BGH NJW* 1999, 3132 (absichtlich provoziertes Unfall) sogar obj. verkehrsgerechtes – Verhalten im Straßenverkehr verwirklicht werden. Dadurch kann es im Einzelfall auch zu einem Nebeneinander von § 315c und § 315b kommen, wobei allerdings zu beachten ist, dass dann sowohl die in § 315c I aufgezählte Verkehrswidrigkeit als auch der zugleich durch den Fahrer verwirklichte verkehrsfremde Eingriff jeweils kausal für die konkrete Gefahr geworden sein müssen, d.h. beide Tathandlungen müssen sich in der konkreten Gefahr niedergeschlagen haben und dürfen nicht hinweggedacht werden können, ohne dass die Gefahr entfällt (z.B. ein betrunkenener Fahrer fährt alkoholbedingt enthemmt gefährlich nahe an einen Polizisten heran [= § 315c I Nr. 1a] und versucht zugleich durch Zufahren den Polizisten zum Zur-Seite-Springen und Verzicht auf eine Verkehrskontrolle zu bewegen [= § 315b I Nr. 3: „Kfz als Waffe“]).

Anders als bei § 315c I ist in § 315b I die Aufzählung möglicher Tathandlungen insofern offen, als Nr. 3 als Auffangtatbestand auch „ähnliche, ebenso gefährliche Eingriffe“ wie Nr. 1 (Anlagen etc. zerstören, z.B. Durchtrennen eines Bremsschlauchs an einem Kfz [*BGH NJW* 1996, 329]) und Nr. 2 (Hindernisse bereiten, z. B. Drahtspannen über die Fahrbahn) erfasst. Der „Paradefall“ von § 315b I Nr. 3 ist der verkehrsfremde Einsatz eines **Kfz als Waffe** durch Zu- oder Überfahren im Verkehr **in verkehrsfindlicher Einstellung**; dabei verlangt die Rspr. seit einigen Jahren, dass der Täter – zur Abgrenzung von § 315c – die konkrete Ge-

fährdung **nicht nur mit dem nach dem Wortlaut von § 315b (i.V.m. § 15) erforderlichen Gefährdungs-, sondern mit bedingtem Schädigungsvorsatz** vorgenommen hat, d.h. der Täter muss den Erfolgseintritt nicht nur für möglich gehalten, sondern sich mit dessen Eintritt auch abgefunden haben (*BGHSt* 48, 233 mit krit. Bspr. *Dreher* JuS 2003, 1159).

#### **4. Unerlaubtes Entfernen vom Unfallort, § 142**

§ 142 unterscheidet **zwei Tatmodalitäten**, das **unerlaubte** (d. h. vor Ermöglichung der Feststellungen oder Ablauf einer angemessenen Wartefrist) **Sichentfernen vom Unfallort (§ 142 I)** und das **Nicht-nachträgliche-Melden (§ 142 II)**. Erforderlich ist stets ein **Unfall**, d.h. ein **plötzliches Schadensereignis im (fließenden oder ruhenden) Verkehr, in dem sich ein verkehrstypisches Unfallrisiko realisiert hat und das mind. 50 € Schaden verursacht hat** (Belanglosigkeitsgrenze); nach der Rspr. kann ein Unfall auch von einem Beteiligten vorsätzlich herbeigeführt werden. Dagegen liegt bei einem gestellten Unfall (zum Zwecke des Versicherungsbetrugs) mangels plötzlichen Ereignisses kein Unfall vor, ebenso wenig, wenn das Schadensereignis schon nach seinem äußeren Erscheinungsbild nicht die Folge des allgemeinen Verkehrsrisikos, sondern einer deliktischen Planung ist (z.B. Mitschleppen von Mülltonnen neben dem Pkw, vgl. *BGH* NJW 2002, 626). Tauglicher **Täter ist nur ein Unfallbeteiligter i.S.v. § 142 V**; danach genügt die nicht ganz unbegründete, aus dem äußeren Anschein der Unfallsituation zu folgernde Möglichkeit einer (Mit-)Verursachung, die neben den Fahrern der unfallbeteiligten Fahrzeuge auch z.B. bei Beifahrern, die diese möglicherweise abgelenkt haben, bestehen kann. Jeder Unfallbeteiligten muss am Unfallgeschehen anwesend gewesen sei; nachträgliches Hinzukommen genügt nicht.

Da § 142 nur dem Schutz der Vermögensinteressen der Unfallgeschädigten, nicht auch öffentlichen Straßenverkehrsinteressen dient, zielt die Ermöglichung von Feststellungen nur auf solche, die zur Verfolgung zivilrechtlicher Ersatzansprüche obj. hilfreich sind (nicht z.B. Feststellungen zur Entziehung der Fahrerlaubnis). Die Feststellungspflicht und damit der Tatbestand des § 142 entfällt daher, wenn der Täter der einzige Geschädigte ist oder wenn die obj. erforderlichen Feststellungen getroffen sind, auch wenn der Unfallgegner dies bestreitet. Ein Feststellungsverzicht des Geschädigten wirkt als Einwilligung rechtfertigend. Diese Pflicht zur Ermöglichung der erforderlichen Feststellungen besteht allerdings auch, wenn sich dadurch der Fahrer einer Straftat (z.B. § 316) überführen müsste (kein Verstoß gegen den *nemo tenetur*-Grundsatz), denn er muss nicht den Ermittlungsbehörden seine Tat offenbaren, wenngleich natürlich de facto z.B. durch § 142 I der Täter bei Strafe gehindert ist, sich einer Blutprobe durch Flucht zu entziehen.

Ein i.S.v. § 142 II Nr. 2 „berechtigtes oder entschuldigtes“ Entfernen vom Unfallort sollte nach älterer Rspr. nicht nur bei Rechtfertigungs- oder Entschuldigungsgründen, sondern auch bei einem unvorsätzlichen Entfernen anzunehmen sein (z.B. der Täter hat den Unfall nicht bemerkt), wenn der Täter innerhalb eines zeitlichen und räumlichen Zusammenhangs von dem Unfall Kenntnis erlangt (*BGHSt* 28, 129); **diese Auslegung** hat das BVerfG (NJW 2007, 1666) inzwischen für **verfassungswidrig** erklärt, dafür aber einen weiteren Unfallbegriff für denkbar gehalten (dazu Brüning, ZIS 2007, 317 ff. und FAMOS 5/2007).

§ 142 IV enthält einen Strafmilderungs- oder fakultativen Strafabsehensgrund für Tätige Reue; Voraussetzung ist aber ein Unfall außerhalb des fließenden Verkehrs, der ausschließlich nicht bedeutenden Sachschaden zur Folge hat, und eine freiwillige Meldung binnen 24 Stunden.

**VI. Fall:** Die Blutalkoholkonzentration von Fahrer B beträgt bei der Abfahrt 1,1 Promille; er ist aber noch vollständig „Herr seiner Sinne“. Als er plötzlich eine Polizeisperre wegen einer Fahndung nach einem Terroristen vor sich sieht, rast er in ungebremstem Tempo auf diese zu, hält ein Anfahren des P zwar für möglich, hofft aber auf ein rechtzeitiges Zur-Seite-Springen. Er rammt einen der Polizeiwagen, fährt aber mit unverminderter Geschwindigkeit weiter, obwohl an dem Polizeiwagen offenkundig ein erheblicher Sachschaden entstanden war. Polizist P, den B vor dem gerammten Wagen hat stehen sehen, konnte sich erst in letzter Sekunde durch einen Sprung zur Seite vor dem heranrasenden Pkw retten. Strafbarkeit wegen §§ 315b, 315c, 316, 142?

#### **VII. Lösungshinweise:**

**1. § 315b I Nr. 3:** Ein gefährlicher Eingriff in den Straßenverkehr muss von einer Straßenverkehrsfährdung abgegrenzt werden; § 315b bezieht sich nur auf verkehrsfremdes, nicht auf

bloß fehlerhaftes Verhalten im Straßenverkehr. Die Rspr. bejaht einen verkehrsfremden Eingriff, wenn der Fahrzeugführer gezielt auf einen Menschen oder ein Fahrzeug zufährt, da hier die bewusste Zweckentfremdung des Fahrzeuges die Sperre zu § 315c überwindet (Pkw als Waffe<sup>1</sup>). Beim „Zurasen“ auf eine bestehende Polizeisperre wird der Pkw als Mittel zu deren Durchbrechung eingesetzt. Darin liegt ein ebenso gefährlicher Eingriff iSd Nr. 3. Konkret gefährdet wurden der P und mit dem Polizeiwagen eine Sache von bedeutendem Wert sogar beschädigt; unbeachtlich ist dagegen die Gefährdung des von B geführten Fahrzeuges<sup>2</sup>. Zur Abgrenzung von § 315c verlangt die neueste Rspr., dass der Täter beim Einsatz eines Pkw als „Waffe“ nicht nur mit Gefährdungsvorsatz, sondern mit wenigstens bedingtem Verletzungsvorsatz handelt (BGHSt 48, 233); da hier B wohl erkannt hat, dass er den Polizeiwagen streifen könnte, und sich damit auch abgefunden hat, ist dieser Schädigungsvorsatz jedoch vorliegend auch zu bejahen.

**2. §§ 315b III iVm 315 III Nr. 1 a:** In Betracht kommt Verdeckungsabsicht. Dies kann hier bzgl der og Straftaten bejaht werden, da zumindest die Person des B den Ermittlungsbehörden noch nicht bekannt ist, was er durch Verhinderung des Abgehaltenwerdens zu verdecken sucht. § 315b III verdrängt § 315b I.

**3. § 315c I Nr. 1 a, III Nr. 2:** Mit 1,1 Promille BAK war B absolut fahruntüchtig<sup>3</sup>. Fraglich ist, ob ihn aber nur Fahrlässigkeit an diesem Zustand getroffen hat (die Rspr. bejaht idR Vorsatz bei absoluter Fahruntüchtigkeit<sup>4</sup>, doch ist angesichts des Erreichens allein der Untergrenze absoluter Fahruntüchtigkeit sowie des Fehlens von Ausfallerscheinungen fraglich, ob B seine absolute Fahruntüchtigkeit bereits als möglich erachtet hat und nicht darauf vertraut hat, dass er noch fahruntüchtig war). Fraglich ist weiter, ob die zu § 315b I beschriebene konkrete Gefahr durch die Trunkenheit (mit-)verursacht worden ist, doch spricht dafür die bei so hoher Alkoholisierung idR anzutreffende Enthemmung des Fahrers. Mit § 315b III ist Idealkonkurrenz möglich, wenn der Verkehrsverstoß („Zurasen“ auf Polizeiwagen) nicht gerade in der Fahruntüchtigkeit (alkoholisierendes Fahren) begründet liegt.<sup>5</sup>

**4. § 316 I, II:** B ist alkoholbedingt absolut fahruntüchtig, doch scheidet eine Strafbarkeit wegen der Subsidiarität gegenüber § 315c aus. Wer § 315c mangels trunkenheitsbedingter Gefahr verneint hat, muss § 316 bejahen, weil die Subsidiarität nicht gegenüber § 315b gilt.

**5. § 142 I Nr. 1:** Streitig ist, ob ein Unfall auch bei vorsätzlichem Verhalten des B (wie hier) angenommen werden kann<sup>6</sup>; gut vertretbar ist beides<sup>7</sup>. Bejaht man einen Unfall (die erforderliche Wertschwelle von ca. 35 Euro ist problemlos überschritten) ist B Unfallbeteiligter iSd § 142 V, der sich sofort entfernt hat, ohne irgendwelche Feststellungen zu ermöglichen. Dem steht nicht entgegen, dass er sich selbst in die Gefahr einer Strafverfolgung (wegen der Vortat und der Alkoholfahrt) hätte begeben müssen, um seinen Pflichten zu genügen. Da der Unfall nach der Rspr. eine Zäsur bildet (BGHSt 21, 203),<sup>8</sup> stehen §§ 315b III, 315c und § 142 in Realkonkurrenz. Wer in § 315c eine Dauerstraftat sieht, muss unterscheiden: Diese kann nur dann das Geschehen vor und nach dem Unfall „verklammern“, wenn sie nicht minder schwer wiegt als die zu „verklammernden“ Delikte. Dies ist zu bejahen, wenn § 315c vorsätzlich verwirklicht worden ist, nicht bei bloß fahrlässiger Verwirklichung.<sup>9</sup>

**6. § 316 I, II [für die Fortsetzung der Fahrt nach dem Unfall]:** Da der Unfall nach der Rspr. eine Zäsur bildet, begeht B mit seiner Weiterfahrt im alkoholbedingt fahruntüchtigen Zustand eine weitere Straftat nach § 316, welche in Realkonkurrenz zu den Straftaten bis zum Unfall, aber in Idealkonkurrenz zu § 142 steht<sup>10</sup>. Wer in § 315 c ein Dauerdelikt sieht, muss wegen fortbestehender Subsidiarität § 316 weiterhin verneinen.

<sup>1</sup> BGHSt 22, 6; 22, 67, 72; 26, 176, 177 ff; Rengier BT II, 45/13 f.; S/S-Cramer/Sternberg-Lieben, § 315b Rn. 10.

<sup>2</sup> Lackner/Kühl § 315b Rn. 5.

<sup>3</sup> BGHSt 37, 89; vgl. Lackner/Kühl § 315c Rn. 6 a mwN.

<sup>4</sup> Vgl. Lackner/Kühl § 316 Rn. 4 f.

<sup>5</sup> BGHSt 22, 67, 75; Lackner/Kühl § 315b Rn. 7; aM S/S-Cramer/Sternberg-Lieben, § 315b Rn. 16: wegen derselben Gefahr [hier: für Polizeiwagen und P] komme nur Gesetzeskonkurrenz mit Vorrang des § 315b in Betracht.

<sup>6</sup> Vgl. Lackner/Kühl § 142 Rn. 8.

<sup>7</sup> S/S-Cramer/Sternberg-Lieben, § 142 Rn. 19, verneinen „Unfall“ zumindest bei Missbrauch des Verkehrs zu deliktischem Verhalten, was hier gegeben wäre.

<sup>8</sup> AM S/S-Cramer/Sternberg-Lieben, § 315c Rn. 57: Fahren im fahruntüchtigen Zustand als Dauerstraftat.

<sup>9</sup> S/S-Cramer/Sternberg-Lieben, § 142 Rn. 92 f.

<sup>10</sup> Vgl. S/S-Cramer/Sternberg-Lieben, § 315c Rn. 57.

## Brandstiftungsdelikte

### I. Systematik

Während § 306 als Sondertatbestand der Sachbeschädigung trotz eines gemeingefährlichen Einschlags (BGH NJW 2001, 765) nur das Eigentum schützt und deswegen eine Einwilligung des Eigentümers in das Anzünden seines Hauses den Tatbestand entfallen lässt, schützen §§ 306a ff. Leib und Leben von Menschen. Da § 306a I ein abstraktes und § 306a II ein konkretes Gefährungsdelikt darstellen, gibt es insgesamt drei Grundtatbestände. §§ 306b I, 306c sind Erfolgsqualifikationen i.S.v. § 18 zu allen drei Grundtatbeständen; § 306b II setzt als echte Qualifikation das Vorliegen von § 306a I und/oder II voraus (§ 306 genügt nicht). Obwohl damit § 306 und §§ 306a, 306b unterschiedliche Rechtsgüter schützen, wird nach der Rspr. § 306 i.d.R. verdrängt (BGH NJW 2001, 765; str.); Tateinheit ist nur anzunehmen, wenn einzelnen Tatobjekte nur unter § 306 fallen (vgl. Heger, in: Lackner/Kühl, § 306 Rn. 6). – Zur Prüfung der §§ 306 ff. vgl. Müller/Hönig, JA 2001, 517 ff.; Wrage, JuS 2003, 985 ff.

### II. Tathandlung

§§ 306 ff. nennen als Tathandlung jeweils das **Inbrandsetzen** oder **durch Brandlegung Zerstören** eines der Tatobjekte. In Brand gesetzt ist ein Tatobjekt, wenn es vom Feuer in einer Weise erfasst ist, die ein Fortbrennen aus eigener Kraft (ohne Zünder) ermöglicht (BGHSt 18, 363; 36, 221); bei Gebäuden genügt die Inbrandsetzung eines für deren bestimmungsgemäßen Gebrauch wesentlichen Bestandteils (d.h. er kann nicht jederzeit entfernt werden, ohne dass das Bauwerk beeinträchtigt wird). Nach umstr. Rspr. genügt für ein vollendetes Inbrandsetzen, dass der Brand sich auf wesentliche Teile des Gebäudes ausbreiten kann (BGHSt 18, 363; 34, 115; a.A. Wessels/Hettinger BT/1 Rn. 957). Umstr. ist weiterhin, ob das bloße Intensivieren eines Brandes am gleichen Tatobjekt etwa durch Hineinschütten von Öl ebenfalls ein Inbrandsetzen darstellt. Brandlegung ist jede Handlung, die auf die Verursachung eines Brandes zielt; die daraus resultierende (teilweise) Zerstörung kann auch durch Ruß-, Gas- oder Rauchentwicklung sowie durch eine Explosion des Zündstoffs hervorgerufen werden. Ein teilweises Zerstören ist erst anzunehmen, wenn das Tatobjekt über eine beträchtliche Zeit wenigstens für einzelne seiner Zweckbestimmungen unbrauchbar ist; nicht erforderlich ist eine Zerstörung der Sachsubstanz (BGHSt 48, 14, 19).

### III. Die Grundtatbestände

#### 1. Brandstiftung, § 306

Die Tatobjekte sind in § 306 I Nr. 1 – 6 aufgezählt; sie müssen für den Täter fremde Sachen sein. Da einzelne Tatobjekte (z.B. Hütten, Fahrzeuge, bestimmte Erzeugnisse) nicht ohne weiteres eine gegenüber §§ 303, 305 derart hohe Strafdrohung rechtfertigen, bedarf es einer teleologischen Reduktion auf Tatobjekte, deren Wert nicht völlig unbedeutend ist.

#### 2. Schwere Brandstiftung, § 306a I

Die in Nr. 1 – 3 aufgezählten Tatobjekte sind Räumlichkeiten, die zur Tatzeit dem Aufenthalt von Menschen dienen; da es aber nicht darauf ankommt, ob sich zur Tatzeit tatsächlich Menschen darin aufhalten, handelt es sich um ein abstraktes Gefährungsdelikt. Umstr. ist, ob ausnahmsweise der Beweis völliger Ungefährlichkeit etwa durch eine Kontrolle vor der Brandlegung eine teleologische Reduktion des Tatbestandes begründet; der BGH hält dies nur in Ausnahmefällen für denkbar, wenn eine überschaubare einräumige Hütte vor dem Inbrandsetzen durchsucht wird (BGHSt 26, 121). – Zur **Wohnung** i.S.v. § 306a I Nr. 1 **dient eine Räumlichkeit**, wenn diese generell – sei es berechtigt oder unberechtigt (Hausbesetzung) – dazu bestimmt ist, einen **räumlichen Lebensmittelpunkt** zu bilden. Eine urlaubsbedingte Abwesenheit des Bewohners ändert daran nichts; umgekehrt dienen auch Ferienhäuser der (zeitweiligen) Wohnung von Menschen. Nicht mehr zur Wohnung dienen Räume nach dem endgültigen Auszug der Nutzer sowie bei einer Entwidmung etwa durch das Inbrandsetzen der Räumlichkeiten durch den bisherigen Nutzer (ggf. unter Einverständnis der Mitnutzer). **Gemischt genutzte Gebäude** (Wohn- und Betriebsgebäude) dienen nach der Rspr. auch zum Wohnen, so dass es genügen soll, wenn der nicht zu Wohnzwecken genutzte Gebäudeteil, sofern er mit dem Wohnteil eine bauliche Einheit bildet (nicht bei bloß loser baulicher Verbindung etwa zweier selbständiger Bauwerke durch einen Übergang), in Brand gesetzt wird (BGH StV 2002, 145; BGHSt 35, 283, 285). Nach a.A. ist eine vollendete

schwere Brandstiftung erst anzunehmen, wenn auch für die Wohnnutzung wesentliche Gebäudebestandteile vom Brand betroffen sind, weil nur dann eine abstrakte Gefährdung von Menschen bejaht werden kann (NK-Herzog/Kargl, § 306a Rn. 12); allerdings gehören zu den für die Wohnnutzung wesentlichen Bestandteilen auch Gemeinschaftseinrichtungen wie Treppenhäuser und für das Gebäude insgesamt tragende Bauelemente sowie Versorgungsschächte. Innerhalb des BGH ist umstr., ob für die Tathandlung des „Zerstörens“ der zum Wohnen dienende Teil erfasst sein muss (vgl. Börner, ZJS 2011, 288 ff.). – Kirchen etc. i.S.v. § 306a I Nr. 2 sind unabhängig von der Tatzeit (insoweit für teleologische Reduktion analog Nr. 3 Radtke, ZStW 110 [1998], 848, 868) und auch bei Betreten durch nur eine Person (Kapelle) besonders geschützt. Bei Mischnutzung eines Gebäudes zur Religionsausübung und zu sonstigen Zwecken gilt das oben Gesagte.

### **3. Gesundheitsgefährdende Brandstiftung, § 306a II**

Tatobjekt sind die in § 306 I Nr. 1 – 6 aufgezählten Gegenstände unabhängig von deren Fremdheit für den Täter; daher kann die Einwilligung des Eigentümers nicht rechtfertigen, wohl aber die des konkret Gefährdeten. Da es sich mithin nicht um eine Erfolgsqualifikation, sondern um einen eigenständigen Grundtatbestand handelt, muss der Täter mit mind. bedingtem Gefährdungsvorsatz handeln.

## **IV. Die (Erfolgs-)Qualifikationen der Brandstiftungsdelikte (§§ 306, 306a)**

### **1. Besonders schwere erfolgsqualifizierte Brandstiftung, § 306b I**

Als Erfolgsqualifikation zu §§ 306, 306a setzt § 306b I voraus, dass der Tatbestand eines der drei darin enthaltenen Grundtatbestände vorsätzlich verwirklicht ist; bei § 306 muss es sich daher um eine fremde Sache handeln. Die (ggf. schwere) Gesundheitsschädigung als schwere Folge muss gem. § 18 wenigstens fahrlässig verursacht worden sein; BGHSt 44, 175 bejaht „eine große Zahl von Menschen“ jedenfalls bei 14 Bewohnern eines mittelgroßen Hauses. Da gem. § 23 I i.V.m. § 11 II grundsätzlich auch der Versuch eines erfolgsqualifizierten Verbrechens strafbar ist, genügt es für §§ 306b I, 22, wenn der Täter bei der Brandstiftung billigend in Kauf nimmt, dass eine große Zahl von Hausbewohnern eine Gesundheitsschädigung erleiden könnte.

### **2. Besonders schwere qualifizierte Brandstiftung, § 306b II**

Die Qualifikation des § 306b II erfordert das Vorliegen eines der Grundtatbestände des § 306a (nicht auch des § 306 oder der Vorsatz-Fahrlässigkeits-Kombination des § 306d i. V. m. § 306a II). Die Tatvarianten müssen vorsätzlich, bei Nr. 2 sogar absichtlich verwirklicht sein. Bei Ermöglicungsabsicht ist umstr., ob der Täter nur einen vorherigen Brand (so BGHSt 45, 211 für Versicherungsbetrug) oder die gemeingefährliche Situation während des Brandes zur Straftatbegehung ausnutzen möchte (so Heger, in: Lackner/Kühl § 306b Rn. 4: z.B. Diebstahl in nicht brennendem Teil des Hauses während der Löscharbeiten).

### **3. Brandstiftung mit Todesfolge, § 306c**

Für die Erfolgsqualifikation des § 306c genügt jedes Grunddelikt der §§ 306, 306a, doch muss der Tod wenigstens leichtfertig (möglich ist auch Vorsatz, dann Tateinheit mit §§ 211, 212) verursacht worden sein. Durch die Brandstiftung ist der Tod nicht nur verursacht, wenn sich das Opfer zur Tatzeit in dem Gebäude aufhält und darin verbrennt (so noch der Wortlaut von § 307 Nr. 1 a.F.), sondern es genügt, wenn er später – etwa als Retter – in das brennende Haus gelangt und dort zu Tode kommt, sofern der Rettungsversuch dem Brandstifter zuzurechnen ist.

**V. Fälle (1)** BGHSt 26, 121 (= Kühl, HRR-BT, Nr. 77): A steckte ein dreistöckiges Hotelgebäude mit Gastwirtschaft, Familienwohnung und Gästezimmern in Brand, nachdem er sich durch einen Rundgang vergewissert hatte, dass niemand sonst im Haus sich aufhielt. Das Gebäude brannte völlig aus. Strafbar gem. § 306a I Nr. 1?

**(2)** BGHSt 45, 211 (= Kühl, HRR-BT, Nr. 78): A ließ das in seinem Eigentum stehende Firmengebäude, in dessen erstem Stock sich die Wohnung seiner Mutter M befand, anzünden, um die Versicherungssumme zu erlangen. Durch das Feuer, das auf den Wohntrakt übergriff, wurde das Betriebsgebäude zerstört. Die Türanlage zwischen dem Wohnzimmer der M und dem davor liegenden Wintergarten verbrannte. M bemerkte das Feuer und hatte, wie von A erwartet, genügend Zeit, das Gebäude zu verlassen. A meldete den Schaden seiner Versicherung, die allerdings keine Zahlungen leistete. Strafbarkeit gem. §§ 306a I, II, 306b II Nr. 2, 263 III Nr. 5, 265?



## Amtsdelikte und Delikte gegen die öffentliche Ordnung

### I. Einleitung

Während die Amtsdelikte durch Amtsträger (vgl. § 11 I Nr. 2) begangen werden, sind diese bei § 113 Opfer einer Widerstandshandlung. Letztlich werden durch diese Straftaten Verstöße gegen ein rechtmäßiges staatliches Handeln pönalisiert. Innerhalb der Straftaten im Amt in §§ 331 – 358 unterscheidet man **eigentliche und uneigentliche Amtsdelikte**; erstere können nur von Amtsträgern begangen werden (z.B. §§ 331 f., 348), bei letzteren führt die Amtsträgereigenschaft zu einer Strafschärfung (z.B. §§ 340, 258a). Bei eigentlichen Amtsdelikten als Sonderdelikten können Nichtamtsträger nur Teilnehmer mit der Strafmilderung des § 28 I sein; handelt der Amtsträger nicht vorsätzlich, scheidet eine §§ 26, 27-Strafbarkeit mangels Haupttat aus, so dass nur z.B. § 271 bleibt. – Die Bestechung und Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr ist in § 299 strafbewehrt, die Mandatsträgerbestechung in § 108e n.F.

### II. Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte, §§ 113 f.

#### 1. Struktur und Rechtsgut

§§ 113 f. **schützen die rechtmäßige Betätigung des Staatswillens als solche und auch in den zu seiner Vollstreckung berufenen inländischen Organen** (Heger, in: Lackner/Kühl § 113 Rn. 1). Bis 2011 privilegierte § 113 den von einer Vollstreckungsmaßnahme betroffenen und deswegen häufig verständlicherweise erregten Täter, der dem Vollstreckenden gegenüber Widerstand gegen die Vollstreckung leistet oder ihn sonst tätlich angreift, durch einen milderen Strafrahmen; seither ist angesichts eines gleichen Strafrahmens gegenüber § 240 der § 113 nur noch *lex specialis*. Anders als bei § 240 III ist der **Versuch nicht strafbar**, doch kommt es im Unterschied zur Nötigung auch nicht darauf an, dass ein Nötigungserfolg eintritt. – **§ 113 II enthält Regelbeispiele** eines besonders schweren Falles; Waffe iSv Nr. 1 setzt nach dem BVerfG (NJW 2008, 3627) voraus, dass der bestimmungsgemäße Gebrauch des Gegenstandes in der Zufügung von Verletzungen liegt, so dass – entgegen der früheren Rspr. (BGHSt 26, 176) – ein Kfz nicht mehr als Waffe iSv §113 II angesehen werden, doch hat daraufhin der Gesetzgeber 2011 in Nr. 1 als zweite Alternative ein „anderes gefährliches Werkzeug“ eingefügt (Heger, in: Lackner/Kühl § 113 Rn. 24). – Grundfälle zu § 113 bei *Bosch*, Jura 2011, 268 ff.

#### 2. Tatbestand, §§ 113 I, 114 I, II

**a) geschützter Personenkreis: Amtsträger** (§ 11 I Nr. 2; nach hM nur inländische), **Soldaten der Bundeswehr**, diesen gem. § 114 I **gleichgestellte Personen** (z.B. Jagdaufseher; § 25 II BJagdG) und gem. § 114 II **hinzugezogenen Privatpersonen** (z.B. Abschleppunternehmer; Zeugen); **nicht:** Privatpersonen in Ausübung ihres Selbsthilfe- (§ 229 BGB) oder Festnahmerechts (§ 127 I StPO) – Bei Widerstand dagegen: § 240; bei tätlichem Angriff: § 223 bzw. §§ 223, 22.

Die Amtsträger etc. sind **geschützt bei Vornahme einer Vollstreckungshandlung** (= Handlung, durch die der bereits konkretisierte, d.h. die Regelung eines bestimmten Einzelfalles anstrebende, Wille des Staats verwirklicht werden soll, und zwar notfalls mit Mitteln des Zwanges; z. B. Festnahme, Pfändung, Anhalten eines Pkw-Fahrers zur Verkehrskontrolle), **nicht dagegen bei schlichten Amtshandlungen** (z.B. Streifenfahrten oder -gängen). Vollstreckungshandlung ist so lange nicht beendet, wie das Verhalten des Vollstreckungsbeamten in so engem Zusammenhang mit der Durchsetzung des Staatswillens steht, dass es nach natürlicher Lebensauffassung als Bestandteil der zur Regelung des Einzelfalles ergriffenen Maßnahme angesehen werden kann.

**b) Tathandlungen: (1) Widerstand leisten** („Widerstand“ impliziert, dass der Wille des Vollstreckungsbeamten gebeugt werden soll; Erfolg i. S. einer Unterlassung der Vollstreckung ist – anders als bei § 240 I – aber nicht erforderlich) **mittels Gewalt** (gegen eine Person, nicht auch Sachgewalt, tendenziell engerer Gewaltbegriff als bei 240 I) **oder Drohung mit Gewalt** (nicht auch mit bloß empfindlichem Übel i.S.v. § 240 I).

**(2) Tätlicher Angriff** (= körperlicher Angriff auf den Vollstreckenden, der aber nicht zu einer vollendeten Körperverletzung führen muss z. B. aus Wut über eine bereits abgeschlossene Vollstreckungshandlung)

#### 3. Rechtmäßigkeit der Diensthandlung, § 113 III

Der dogmatische Standort der Rechtmäßigkeitsprüfung ist umstr.; **wegen der speziellen Irrtumsregelung in § 113 IV ist jedenfalls kein Raum für einen Rückgriff auf §§ 16, 17.** – Zumeist wird Prüfung nach TB und vor RW im eigentlichen Sinne ohne wirkliche dogmatische Festlegung empfohlen (*Wessels/Hettinger* BT/1 Rn. 663 f.). Ist die Diensthandlung obj. nicht rechtmäßig, scheidet gem. § 113 III 1 allein deswegen eine Strafbarkeit wegen § 113 aus. Ist die Diensthandlung nach dem umstr. Rechtmä-

Bigkeitsbegriff des § 113 nicht rechtswidrig, spielt eine denkbare Fehlvorstellung des Täters (der die Diensthandlung irrig für rechtswidrig hält) erst auf der Schuldebene – d. h. nach Bejahung der allg. RW – eine Rolle (wie § 17, den § 113 IV aber als abschließende Sonderregelung verdrängt).

Nach hM und Rspr. gilt für § 113 III ein **strafrechtlicher Rechtmäßigkeitsbegriff**, der nur voraussetzt:

**(1) Sachliche und örtliche Zuständigkeit** des Vollstreckungsbeamten,

**(2) Wahrung der wesentlichen Förmlichkeiten**, d. h. vor allem der Formvorschriften, die dem Schutz des Betroffenen dienen und

**(3) Pflichtgemäße Würdigung der tatsächlichen Eingriffsvoraussetzungen** (ggf. pflichtgemäße Ermessensausübung). – *Rechtsirrtümer gehen danach zu Lasten des Vollstreckungsbeamten, während Irrtümer über die tatsächlichen Voraussetzungen seines Eingreifens die Vollstreckungshandlung nicht rechtswidrig machen, wenn der Vollstreckungsbeamte vom Vorliegen dieser Voraussetzungen bei pflichtgemäßer Würdigung des SV ausgegangen ist* (z.B. Pfändung in der falschen Wohnung, die Gerichtsvollzieher irrig als eine Wohnung des Schuldners angesehen hat und auch ansehen konnte). Auf eine umfassende Prüfung der materiellen Rechtslage im Rahmen von § 113 kommt es dann nicht an. Dies privilegiert den Vollstreckungsbeamten, der trotz seines Fehlers bei der Prüfung der tatsächlichen Voraussetzungen seines Handelns gegen Widerstand strafrechtlich durch § 113 geschützt wird!

Dagegen kommt es für den **materiellen Rechtmäßigkeitsbegriff** (so aM in Lit) vollumfänglich auf die Rechtmäßigkeit nach dem der jeweiligen Vollstreckungsmaßnahme zugrunde liegenden Vollstreckungsrecht an (z.B. ZPO bei Pfändung, StPO bei [vorläufiger] Festnahme etc.). Auch Fehler bei der Ermittlung der tatsächlichen Voraussetzungen der Vollstreckungsmaßnahme gehen danach zu Lasten des Vollstreckenden. Soweit dieser sich aber erkennbar irrt, ist das Notwehrrecht des Widerstandleistenden eingeschränkt; insbes. hat der Täter zuerst zu versuchen, den Irrtum aufzuklären. Da aber i. d. R. vor einer Pfändung der Beschluss dem (vermeintlichen) Schuldner bzw. bei einer Festnahme der Haftbefehl dem zu Verhaftenden vorzuzeigen ist, ist der Unterschied zum strafrechtlichen Rechtmäßigkeitsbegriff nicht groß, denn hier wird der zu Unrecht von einer Vollstreckungsmaßnahme Betroffene unschwer erkennen, dass ein Irrtum vorliegt, und diesen auch aufzuklären versuchen.

#### 4. Irrtumsregelungen, § 113 III 2, IV

**a) Täter hält gem. § 113 III 1 rechtswidrige Diensthandlung irrig für rechtmäßig, § 113 III 2:** Die Konstellation in § 113 III 2 entspricht einem *untauglichen Versuch*; da der Versuch des § 113 aber nicht unter Strafe gestellt ist, ist eine Straffreiheit für diesen Irrtum folgerichtig. – Eine Strafbarkeit wegen anderer Normen (zB § 223) ist dadurch nicht ausgeschlossen, weil der Täter sich subj. ja nicht einem rw. Angriff ausgesetzt sieht, so dass § 32 mangels subj. Rechtfertigungselements ausscheiden muss.

**b) Täter hält gem. § 113 III 1 rechtmäßige Diensthandlung irrig für rechtswidrig, § 113 IV:** Als Spezialnorm zu § 17 sind diese Fälle in § 113 IV – z. T. schärfer, z. T. auch milder – geregelt. Wie in § 17 kommt es auf die Vermeidbarkeit des Irrtums für den Täter an. – Während aber § 17 nur negativ das Fehlen der Einsicht, Unrecht zu tun, genügen lässt, verlangt § 113 IV positiv, dass der Täter die Rechtswidrigkeit der Diensthandlung annimmt; macht er sich darüber keine Gedanken, liegt kein Irrtum i.S.v. § 113 IV vor, so dass – da § 17 als allg. Norm nicht anwendbar ist – allein § 113 I anwendbar ist.

**(1) Vermeidbarkeit des Irrtums:** Während § 17 S. 2 bei Vermeidbarkeit des Irrtums nur eine fakultative Strafmilderungsmöglichkeit über § 49 I vorsieht, gestattet § 113 IV 1 fakultativ eine weitergehende Milderung gem. § 49 II und bei geringer Schuld sogar ein Absehen von Strafe.

**(2) Unvermeidbarkeit des Irrtums:** Hier ist § 113 IV 2 dagegen insofern strenger als § 17 S. 1, als ein Absehen von Strafe neben der Unvermeidbarkeit des Irrtums zusätzlich eine Rechtsbehelfsklausel enthält, wonach der *Einsatz von Rechtsbehelfen dem Täter nicht zumutbar* sein darf. Bei deren Zumutbarkeit gilt das gleiche wie bei einer Vermeidbarkeit des Irrtums (§ 113 IV 2, 2. HS).

#### 5. Verhältnis zu § 240

Gegenüber der Nötigung ist § 113 **lex specialis**. **Soweit § 113 nicht eingreift** (z.B. gegenüber ausländischen Vollstreckungsorganen oder bei Drohung nur mit einem empfindlichen Übel sowie im Versuchsstadium der Nötigung vom unmittelbaren Ansetzen bis zur Vollendung der Nötigungs-/Widerstandshandlung) **ist umstr., ob auf § 240 rekurriert werden kann**. – Nimmt der Täter irrig an, er leiste nicht gegenüber einem Vollstreckungsbeamten, sondern gegenüber einer Privatperson Widerstand, scheidet wegen § 16 I 1 eine Strafbarkeit aus § 113 aus, doch bleibt versuchte oder vollendete Nötigung; hier ist der Strafrahmen des § 113 nicht zugrunde zu legen, weil der Täter sich ja gerade nicht aus Erregung gegenüber dem Handeln der Staatsgewalt zu seinem Widerstand hinreißen lässt. Im umgekehrten Fall (Täter hält Privatperson irrig für Vollstreckungsbeamten) führt § 16 II trotz Fehlens der obj. Voraussetzungen von § 113 zu dessen Anwendung als dem gegenüber § 240 milderen Gesetz.

### III. Bestechungsdelikte, §§ 331 ff.

#### 1. Struktur und Rechtsgut

§§ 331 ff. schützen das **Vertrauen in die Unkäuflichkeit von Trägern staatlicher Funktionen und damit zugleich die Sachlichkeit staatlicher Entscheidungen**, um sicherzustellen, dass die Verfälschung des Staatswillens verhütet, die Lauterkeit der Amtsführung gewährleistet und die Autorität staatlichen Handelns nicht erschüttert wird. Während **§§ 331 f. die Strafbarkeit des Amtsträgers** betreffen, geht es in **§§ 333 f. um diejenige des Vorteilsgewährenden** (regelmäßig kein Amtsträger). Die **Vorteilsannahme bzw. -gewährung betreffen auch rechtmäßige Diensthandlungen**, während Bestechlichkeit und Bestechung als Qualifikationen zu §§ 331, 333 jeweils auf eine pflichtwidrige Diensthandlung des **Amtsträgers zielen. §§ 331 II, 332 II enthalten Qualifikationen für Richter bzw. Schiedsrichter. § 335 enthält Regelbeispiele** eines besonders schweren Falles, die – problematischerweise – nicht zwischen Amtsträger und Extraneus differenzieren. – §§ 331 ff. wurden 1997 erheblich ausgeweitet (Einbeziehung von Dritt Vorteilen etc.); Ende 2015 erfolgte eine weitere Ausweitung vor allem für EU-Amtsträger. – Der **Versuch ist strafbar bei §§ 331 II (S. 2), 332 I (S. 2) u. II (Verbrechen), 334 II (S. 2), nicht dagegen bei §§ 331 I, 333, 334 I**, doch ist die Tat bereits mit dem Fordern oder Sich-Versprechenlassen des Vorteils (§§ 331 f.) und umgekehrt dessen Anbieten oder Versprechen (§§ 333 f.) vollendet. – Zur Bestechung/Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr: § 299, und von Sportschiedsrichtern vgl. *Krack*, ZIS 2011, 475 ff. – Allg. zum Korruptionsstrafrecht *Walther*, Jura 2010, 511 ff.

#### 2. Vorteilsannahme und Bestechlichkeit, §§ 331 f.

Täter können **nur Amtsträger oder für den öffentlichen Dienst besonders Verpflichtete** (§ 11 I Nr. 2, 4) sein. Als **Tathandlungen** sehen §§ 331 f. jeweils das **Fordern, Sich-Versprechenlassen oder Annehmen eines Vorteils für sich oder einen Dritten** vor; Vorteil ist jede Zuwendung, auf die kein Rechtsanspruch besteht und die die wirtschaftliche, rechtliche oder persönliche Lage obj. messbar verbessert.

Dabei kommt es nicht darauf an, dass durch den Vorteil auch der Amtsträger wenigstens mittelbar besser gestellt ist (wie z.B. durch Zuwendungen an nahe Angehörige), so dass auch altruistische Spendenforderungen etwa an das Rote Kreuz tatbestandsmäßig sein können (auch wenn der Amtsträger nicht im Roten Kreuz aktiv ist). Bei kleinen Aufmerksamkeiten dürfte § 331 (nicht auch § 332 bei pflichtwidriger Diensthandlung, denn eine solche kann nie sozialadäquat sein) wegen Sozialadäquanz ausscheiden; BGHSt 47, 295 und 48, 44 verneinen darüber hinaus den Tatbestand des § 331 bei der Einwerbung (= „Fordern“ i.S.v. § 331 I, so dass eine Rechtfertigung über § 331 III ausscheiden soll) von Drittmitteln für die universitäre Forschung, wenn das hochschulrechtliche Anzeige- und Genehmigungsverfahren eingehalten ist (zur Einwerbung von Wahlkampfspenden für sich oder „seine Partei“ durch zu wählenden Amtsträger *BGH NJW 2004, 3569*). Für das Sich-Versprechenlassen und Annehmen von Vorteilen enthält § 331 III eine rechtfertigende bzw. – bei nachträglicher Einholung der Genehmigung – strafausschließende Genehmigungsmöglichkeit.

Während der **Vorteil für § 331 nur allgemein „für die** (vergangene und/oder zukünftige, rechtmäßige oder rechtswidrige) **Dienstausübung“** fließen muss, was auch ein bloßes „Anfüttern“ des Amtsträgers für noch gar nicht konkret bestimmte Dienste erfasst, **setzt eine Bestechung voraus**, dass der Vorteil als Gegenleistung **für eine konkrete rechtswidrige bzw. ermessensfehlerhafte** (vgl. § 332 I, III Nr. 2) **vergangene oder zukünftige Diensthandlung** fließen soll (sog. **Unrechtsvereinbarung**). Gegenstand der Unrechtsvereinbarung kann auch das Unterlassen der Diensthandlung sein (§ 336).

In jedem Fall ist **erforderlich, dass es sich um dienstliches Handeln des Amtsträgers handelt**; privates Handeln oder Handeln nur bei Gelegenheit der Dienstausübung scheiden daher aus. Für §§ 331 f. ist es irrelevant, ob es zu der Diensthandlung gekommen ist oder kommen soll oder ob dies der Amtsträger nur vortäuscht (*Heger*, in: Lackner/Kühl § 331 Rn. 11; aM *BGHSt 29, 300*, der angesichts der Erweiterung des § 331 I allerdings nur noch auf die Formulierung „vorgenommen hat“ in § 332 II – und damit auf vergangene rechtswidrige Diensthandlungen – anwendbar wäre).

#### 3. Vorteilsgewährung und Bestechung, §§ 333 f.

Hierbei handelt es sich um **Allgemeindelikte**, die auch Amtsträger begehen können. **Tathandlung** ist – spiegelbildlich zu §§ 331 f. – das **Anbieten, Versprechen oder Gewähren eines Vorteils** entweder allgem. für die Dienstausübung (§ 333 I) oder als Gegenleistung für eine (auch rechtmäßige) richterliche Handlung (§ 333 II) bzw. eine pflichtwidrige Diensthandlung (§ 334).

### IV. Rechtsbeugung, § 339

#### 1. Rechtsgut und Struktur

§ 339 schützt die **inländische Rechtspflege** in ihrer Aufgabe, richtiges Recht zu sprechen; der Schutz von Parteiinteressen ist bloßer Reflex. Die Tat ist **echtes Amtsdelikt**: Nur Richter, Schiedsrichter oder andere Amtsträger, die bei der Leitung einer Rechtssache tätig werden (richterähnliches Tätigwerden in einem rechtlich vollständig geregelten Verfahren mit einem gewissen Grad sachlicher Unabhängigkeit; zB StA bei Anklageerhebung, nicht hingegen mehr beim Plädoyer).

Als **Verbrechen** ist der **Versuch strafbar**. Der Täter wird mit rechtskräftiger Verurteilung aus dem Richter- oder Beamtenverhältnis entlassen, was zu restriktiver Auslegung von § 339 v.a. durch die Rspr. führt und in Verbindung mit der Sperrwirkung den Richter weitgehend von Strafverfolgung freistellt. Nach der Rspr. **entfaltet § 339 eine Sperrwirkung**, so dass ein Richter z.B. für die mit seiner Fehlentscheidung verbundene Freiheitsberaubung nur dann auch nach § 239 strafbar ist, wenn er zugleich einer Rechtsbeugung schuldig ist.

## 2. Tatbestand

**a) Objektiv: Tathandlung** ist die nach hM zumindest bed. vorsätzliche Beugung des (materiellen oder formellen) Rechts (auch durch Unterlassen gem. §§ 339, 13), d.h. nach der

(1) **Obj. Theorie**: Entscheidung darf obj. nicht mehr vertretbar sein (hM).

(2) **Subj. Theorie**: Richter muss bewusst gegen seine jur. Überzeugung entschieden haben.

(3) **Pflichtverletzungslehre**: Richter muss mit seiner Entscheidung die ihm obliegenden Pflichten verletzt haben, z.B. indem er aus sachfremden Erwägungen eine gleichwohl vertretbare Handlung vornimmt.

(4) **„Obj. Schweretheorie“** (vgl. BGHSt 47, 105 [dazu ua *Kühl/Heger* JZ 2002, 201 ff.]; BGH NStZ-RR 2010, 310): Nicht jede obj. falsche Rechtsanwendung ist Rechtsbeugung, sondern nur der elementare Rechtsbruch, der aber obj. auch darin liegen kann, dass der Richter gezielt zum Vor- oder Nachteil einer Partei das materielle oder formelle Recht in (noch) vertretbarer Weise einsetzt. – Darin liegt eine Vermischung der obj. Theorie (1) mit Elementen der Pflichtwidrigkeitstheorie (3).

**Taterfolg** ist die dadurch verursachte Verbesserung oder Verschlechterung der Lage einer Partei bzw. die konkrete Gefahr einer falschen Entscheidung etwa bei sachfremden Erwägungen.

**b) Subjektiv**: Erforderlich, aber auch ausreichend ist bed. Vorsatz bzgl. der obj. Tb.-Merkmale (§ 15). Dafür reichen allerdings nicht bereits Zweifel des Richters an der Richtigkeit seiner Entscheidung; angesichts seines Entscheidungszwangs muss er mind. seine Rechtsanwendung auch für den Fall ihrer Fehlerhaftigkeit innerlich akzeptiert (d. h. sich damit abgefunden) haben (hM; *Heger*, in: Lackner/Kühl § 339 Rn. 9). Rechtsblindheit begründet nach *BGHSt* 41, 317 nur einen Verbotsirrtum (aM *Heger*, in: Lackner/Kühl § 339 Rn. 8), so dass Straffreiheit gem. § 17 S. 1 nur bei Unvermeidbarkeit dieses Irrtums eintritt.

## V. Fälle

(1) *BGHSt* 21, 334, 361: A leistete Widerstand gegen den Bahnpolizeibeamten B, als dieser ihn daran hindern wollte, auf dem Bahnhofsvorplatz Flugblätter auszuteilen, weil – so befürchtete B nach pflichtgemäßer Prüfung – dadurch angesichts des starken Fahrgastaufkommens eine drohende Gefahr für die Sicherheit und Ordnung durch Menschaufläufe erfahrungsgemäß zu erwarten wäre. Strafbarkeit des A, der diese Gefahr unter Hinweis darauf bestreitet, dass er bereits viermal in gleicher Weise ohne eine solche Gefährdung der öffentlichen Ordnung ähnliche Flugblätter verteilt, wegen § 113?

(2) *BGHSt* 48, 44: Prof. A ist Leiter der Herzchirurgie eines Uniklinikums. Zur Verbesserung der Wirkungsmöglichkeiten von sich und seinen Mitarbeitern lässt er sich von der Firma C eine Arbeitskonsole als Dauerleihgabe übergeben und sagt dafür zu, über die Klinikumsverwaltung bei C in den nächsten drei Jahren jeweils wenigstens 300 Optima-Oxygeneratoren zu bestellen. Diese Bestellabsicht legt er der Beschaffungsabteilung gegenüber nicht offen. Strafbar wegen Bestechlichkeit in Form eines Sich-Bereiterklärens gem. § 332 I, III Nr. 2?

(3) *BGHSt* 47, 105 – „Schill“: S verhängte als Amtsrichter in einem Strafverfahren gegen zwei Störer inhaltlich vertretbar eine Ordnungshaft von jeweils 3 Tagen; beide Störer wurden sofort in Haft genommen und legten unverzüglich Beschwerde ein, weil die Vorgänge, die zur Ordnungshaft führten, entgegen § 182 GVG nicht im Sitzungsprotokoll dargestellt waren. Nach h. M. ist für die Entscheidung über die Beschwerde das OLG zuständig (§ 182 GVG), während S sich der vertretbaren Mindermeinung in der Lit. anschließt, dass gem. § 306 II StPO zunächst er als Ausgangsrichter über die Beschwerde zu entscheiden habe und diese erst bei Nichtabhilfe spätestens nach drei Tagen dem OLG vorlegen müsse. Da S den Protokollierungsmangel nicht erkennt und sich in den nächsten zwei Tagen mit anderen dienstlichen und privaten Dingen beschäftigt, legt er dem OLG – möglicherweise auch um die Störer „schmören“ zu lassen – erst nach knapp drei Tagen vor, so dass die Ordnungshaft bereits vollzogen ist, als das OLG deren Anordnung wegen des Protokollierungsmangels aufhebt. Strafbar gem. §§ 339, 13?

- Gang des Strafverfahrens
- Gerichtsaufbau und sachliche Zuständigkeit
- Prozessvoraussetzungen
- Prozessmaximen
- Rechtsstellung und Aufgaben der Verfahrensbeteiligten (Gericht, StA, Polizei, Zeugen; Verteidiger, Beschuldiger)
- U-Haft und weitere Zwangsmaßnahmen (ohne Rechtsbehelfe)
- Hauptverfahren (Grundzüge)
- Beweisrecht (Beweismittel, Beweisverbote)
- Urteil erster Instanz

D.h. Rechtsmittel sowohl gegen Urteile als auch gegen sonstige Maßnahmen sowie das Zwischenverfahren, verfassungsrechtliche Grundlagen und die örtliche und instanzielle Zuständigkeit sind nicht Prüfungsstoff in den Modulabschlussklausuren August bzw. Oktober 2016; das gleiche gilt für den Sachverständigenbeweis und die Rolle des Geschädigten. Prozessvoraussetzungen, Prozessmaximen und Zwangsmaßnahmen sind nur dann möglicher Klausurstoff, wenn sie in den Unterlagen zur Vorlesung im Modul Strafrecht II im WS 2015/16 angesprochen sind. – Nähere Einzelheiten zu den angesprochenen Bereichen finden Sie auch in *Heger, Strafprozessrecht, 2013*.

### **Gang des Strafverfahrens**

- **Vorverfahren** (Ermittlungsverfahren)
- **Zwischenverfahren** (Zulassung der Anklage durch das Gericht)
- **Hauptverfahren** (Prozess vor dem erstinstanzlichen Strafgericht)
- **Rechtsmittelverfahren** (*Berufung, Revision, [sofortige] Beschwerde*)

### **Die wichtigsten Prozessvoraussetzungen**

1. **Eingreifen der deutschen Gerichtsbarkeit** (§§ 18 – 20 GVG) und **Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts** (§§ 3 ff. StGB)
2. **Rechtsweg zu den Strafgerichten** (vgl. § 13 GVG; zur parallelen Aburteilung von Ordnungswidrigkeiten vgl. § 82 OWiG)
3. **Sachliche und örtliche Zuständigkeit** des Gerichts
4. **Strafmündigkeit** (nicht bei Kindern unter 14 Jahren, § 19 StGB)
5. **Verhandlungsfähigkeit**
6. **Keine Immunität** (Art. 46 GG; § 152a StPO)
7. **Keine anderweitige Rechtshängigkeit** (anderweitiger Eröffnungsbeschluss, vgl. § 156 StPO)
8. **Keine entgegenstehende Rechtskraft** (ne bis in idem, Art. 103 III GG; auch §§ 153a I 5, 211 StPO; auf EU-Ebene auch Art. 54 SDÜ und Art. 50 GRCh)
9. **Keine Strafverfolgungsverjährung** (§§ 78 ff. StGB)

10. **Keine Amnestie**
11. **Vorliegen von Strafantrag, Ermächtigung, Strafverlangen** (§§ 77 ff. StGB)
12. **Vorliegen eines wirksamen Eröffnungsbeschlusses**
13. **Vorliegen einer wirksamen Anklage**
14. **Tod des Angeklagten**
15. *Überlange Verfahrensdauer?*
16. *Tatprovokation durch polizeilichen Lockspitzel (agent provocateur)?*
17. *Begrenzte Lebenserwartung des Angeklagten?*
18. *Verstoß gegen das Verhältnismäßigkeitsprinzip?*
19. *Androhung von Folter?*

## Prozessmaximen

### Beispiele:

- Das **Offizialprinzip** (§ 152 I)
- Das **Akkusationsprinzip** (§ 151)
- Das **Legalitätsprinzip** (§§ 152 II, 170 I)
- Das **Opportunitätsprinzip** (§§ 153 ff.)
- Das Gebot eines **fairen Strafverfahrens** („fair trial“; Art. 20 III i. V. m. 2 I GG, Art. 6 I 1 EMRK; ab Zwischenverfahren auch richterliche Fürsorgepflicht)
- Das **Beschleunigungsgebot** (Art. 20 III GG, Art. 6 I 1 EMRK; im Hauptverfahren Konzentrationsmaxime: §§ 228, 229)
- Der **Untersuchungsgrundsatz** (Ermittlungsgrundsatz, Instruktionsmaxime; §§ 155 II, 160 II, 244 II); im Zivilprozess dagegen Dispositionsmaxime (vgl. z.B. § 288 ZPO)
- Der Grundsatz der **freien richterlichen Beweiswürdigung** (§ 261)
- Der Grundsatz „**in dubio pro reo**“ (Gewohnheitsrecht) und die **Unschuldsvermutung** (Art. 6 II EMRK)
- Der Grundsatz der **Mündlichkeit** (§§ 249 I, 261)
- Der Grundsatz der **Unmittelbarkeit** (§§ 250, 251)
- Der Grundsatz der **Öffentlichkeit** (§§ 169 ff. GVG)
- Der Grundsatz des **gesetzlichen Richters** (Art. 101 GG)
- Der Grundsatz des **rechtlichen Gehörs** (Art. 103 I GG)

## Strafprozessrecht in der Fallbearbeitung

### I. Vorüberlegung

**Ausgangspunkt jedes Rechtsgutachtens** – ob zum materiellen Strafrecht oder zum Verfahrensrecht – **ist die Fallfrage**, die in einer gutachterlichen Stellungnahme zuerst aufgeworfen und dann eindeutig und vollumfänglich, aber ohne unnötigen Zierrat beantwortet werden muss. Ein Rechtsgutachten erfolgt stets im Gutachtensstil, d. h. die aufgeworfene Rechtsfrage muss in Bezug auf einen konkreten Sachverhalt untersucht und schließlich eindeutig (nicht mehr im Konjunktiv!) beantwortet werden. Im strafverfahrensrechtlichen Gutachten geht es um die rechtliche Begutachtung einer Frage aus dem Strafverfahrensrecht (z. B. die Zulässigkeit einer strafprozessualen Zwangsmaßnahme), nicht unmittelbar – wie im Gutachten zum materiellen Strafrecht – um die Frage nach der Strafbarkeit eines bestimmten Verhaltens.

### II. Der zu begutachtende Fall im Strafverfahrensrecht

Ein Unterschied zwischen Gutachten zum materiellen und zum formellen Strafrecht besteht darin, dass für die Frage einer Strafbarkeit grundsätzlich ein bereits als richtig festgestellter

Sachverhalt (SV) zugrunde gelegt wird, während für die Frage etwa nach der Zulässigkeit einer bestimmten strafprozessualen Zwangsmaßnahme regelmäßig ein noch nicht abschließend ermittelter und damit nicht mit Sicherheit gegebener SV angegeben ist. Das ändert aber insofern nichts an der Prüfung, als der für das strafprozessuale Rechtsgutachten zugrunde zu legende SV eben nicht den ex post (nach Abschluss des Verfahrens) als gegeben anzusehenden wirklichen Sachverhalt meint, sondern den etwa vor dem Staatsanwalt oder Richter bei der Frage nach der Vornahme einer Zwangsmaßnahme ausgebreiteten Sachverhalt, der dann nicht – wie in einem Gutachten zum materiellen Strafrecht – lautet: „A hat dem B ein Messer in den Bauch gerammt; daraufhin geht B mit dem Messer im Bauch zu Boden ...“; – damit lässt sich die Frage nach der Strafbarkeit gem. §§ 211 ff., 223 ff. StGB beantworten.

Dagegen lautet die strafprozessuale Fallgestaltung vielmehr: „B liegt blutend mit einem Messer im Bauch am Boden. Er sagt aus, das Messer habe ihm der A in den Bauch gerammt ...“; da damit ja noch gar nicht abschließend festgestellt ist, dass A tatsächlich dem B das Messer in den Bauch gerammt hat – die Feststellung des tatsächlichen SV könnte und müsste erst das Strafgericht treffen (der Staatsanwalt und auch der Ermittlungsrichter können vor Abschluss des Strafverfahrens nur einen [ggf. dringenden] Tatverdacht bejahen) – lässt sich nicht sagen, ob sich A tatsächlich gem. §§ 211 ff., 223 ff. StGB strafbar gemacht hat. Wohl aber lässt sich sagen, ob sich A – wenn der Vorwurf des B zutrifft – deswegen strafbar gemacht hat. Der Tatverdacht bezieht sich mithin auf das tatsächliche Geschehen, den SV, der erst noch aufgeklärt werden muss (wozu die Zwangsmaßnahme erforderlich sein kann).

### III. Die materiell-strafrechtliche Prüfung im Strafverfahren

Dagegen ist die materiell-strafrechtliche Würdigung des Geschehens aufgrund eines möglichen SV keine andere als aufgrund eines sicher festgestellten SV. Da jede strafverfahrensrechtliche Maßnahme auf eine Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs und damit des materiellen Strafrechts zielt, wäre bei dem Verdacht einer Handlung, die nicht strafbar wäre, die Einleitung oder Fortsetzung eines Strafverfahrens rechtlich unzulässig; ein bereits eingeleitetes Verfahren müsste gem. § 170 II StPO bei Feststellung der Nichtstrafbarkeit des vermuteten SV unverzüglich eingestellt werden. Daher kann und muss die (Vor- bzw. Zwischen-)Rechtsfrage nach einer Strafbarkeit des vermuteten Geschehens in einem strafprozessualen Gutachten eindeutig beantwortet werden. Das Ergebnis am Ende der materiellrechtlichen (Zwischen-)Prüfung kann lauten: „Trifft der vermutete SV zu, hat sich A gem. §§ 223 ff. StGB strafbar gemacht“; nicht hingegen „Trifft der vermutete SV zu, könnte sich A gem. §§ 223 ff. StGB strafbar gemacht haben“.

### IV. Aufbau eines strafprozessualen Gutachtens

Da Ausgangspunkt des Aufbaus des Gutachtens die zu begutachtende Rechtsfrage ist, kann ein strafprozessuales Gutachten nicht – wie ein materiell-strafrechtliches – nach Tatbestand, Rechtswidrigkeit und Schuld unterteilt werden. Weil es für die strafverfahrensrechtliche Zulässigkeit eines bestimmten Verfahrensschrittes – z. B. Zwangsmaßnahme, Einstellung, Anklageerhebung, Eröffnung des Hauptverfahrens, Rechtsmittel etc. – darauf ankommt, dass das Strafverfahrensrecht beachtet worden ist, muss sich der Prüfungsaufbau an der für das Prozessrecht wesentlichen Unterscheidung der **formellen** und **inhaltlichen Voraussetzungen** der zu begutachtenden Entscheidung orientieren. Formelle Voraussetzungen sind etwa die Zuständigkeit für deren Beantragung (zumeist StA) sowie für die Entscheidung darüber (Richter, StA). Sachliche Voraussetzungen sind dann die in der StPO für eine bestimmte Maßnahme aufgestellten inhaltlichen Voraussetzungen wie etwa das Vorliegen eines (ggf. dringenden) Tatverdachts, eines Haftgrundes sowie der Verhältnismäßigkeit.

Da sich der Tatverdacht darauf richten muss, dass überhaupt eine strafbare Handlung begangen worden ist (und vor allem bei Eingriffsbefugnissen mit einem Straftatenkatalog, aber auch allgemein für die Verhältnismäßigkeitsprüfung welcher Tatbestand verwirklicht ist), muss das vermutete Geschehen materiell-strafrechtlich überprüft werden, ob überhaupt dafür eine Strafbarkeit gegeben ist. Diese Prüfung ist mithin ein Unterpunkt des (dringenden) Tatverdachts, gleichwohl – da es um die materielle Strafbarkeit geht – wie ein materiellstrafrechtliches Gutachten strukturell in Tatbestandsmäßigkeit (obj. und subj.), Rechtswidrigkeit

und Schuld gegliedert (aber ohne eigene Prüfungsebenen, sondern nur sprachlich gegliedert).

## V. Prüfungsschema für die U-Haft

**Einleitungssatz, z. B.:** Der Haftbefehl ist rechtmäßig (bzw. zu erlassen), wenn Richter R für dessen Erlass zuständig ist und die Voraussetzungen für die Anordnung von U-Haft vorliegen.

### 1. Formelle Voraussetzungen eines Haftbefehls

- Zuständigkeit des (Amts-)Richters
- Antrag des StA

### 2. Sachliche Voraussetzungen des Haftbefehls

- a) Dringender Tatverdacht
  - aufgrund des aktuellen Standes der Ermittlungen hohe Wahrscheinlichkeit, dass der Verdächtige Beteiligten einer Straftat ist
  - Strafrechtliche Bewertung des nach dem Ermittlungsstand angenommenen Sachverhalts (obj. und subj. Tatbestandsmäßigkeit, Rechtswidrigkeit und Schuldhaftigkeit des Verhaltens)
- b) Haftgrund
- c) Verhältnismäßigkeit (bzw. Nichtunverhältnismäßigkeit)

### 3. Ergebnis

Da R (nicht) zuständig ist bzw. die Voraussetzungen einer U-Haft (nicht) gegeben sind, ist der Haftbefehl (nicht) rechtmäßig.

## VI. Aufbauhinweis zu § 252 (analog)

Da es regelmäßig um die Verwertbarkeit von Beweissurrogaten in der Hauptverhandlung (HV) geht – sagt der Zeugnisverweigerungsrechte in der HV aus, ist deren Verwertung zumindest unnötig, weil das unmittelbare Zeugnis das „bessere“ Beweismittel ist – ist zunächst festzuhalten, dass der Zeuge in der HV

- ein Zeugnisverweigerungsrecht (§§ 52 ff.) hat und
- davon Gebrauch macht und bereits deswegen nach § 252 Protokolle über frühere Verlesungen nicht verwertet werden dürfen.

Sodann ist zu fragen, ob dies **analog § 252** auch für das Zeugnis der Vernehmungsbeamten gilt; geht es um eine Vernehmung von Polizei/StA muss man dies nach einhelliger Meinung bejahen und diese deswegen ablehnen. Geht es um die Vernehmung des Ermittlungsrichters, sollte man i.d.R. erst deren grundsätzliche Zulässigkeit prüfen; bejaht man mit der Rspr. dieses „Ermittlungsrichterprivileg“, muss man weiter prüfen, ob der Zeuge zzt. der richterlichen Vernehmung

- bereits ein Zeugnisverweigerungsrecht hatte und
- darüber – soweit erforderlich (nicht bei §§ 53 f.) – ordnungsgemäß (ggf. auch qualifiziert, s.o.) belehrt worden ist.

Bejaht man beide Voraussetzungen, ist die Vernehmung des Ermittlungsrichters zulässig, anderenfalls grundsätzlich nicht (Ausnahme: Entbindung des Arztes von der Schweigepflicht im Ermittlungsverfahren und nachfolgender Widerruf in der HV).



## Typische strafprozessuale Zusatzfragen

1. Nachdem die Staatsanwaltschaft Berlin von den oben geschilderten Vorkommnissen „Wind bekommen hat“, wird dort ein Ermittlungsverfahren gegen A eröffnet. Zufälligerweise ist innerhalb der Staatsanwaltschaft der C als Staatsanwalt für diese Akte zuständig. Als er realisiert, dass auf dem entfernten Blatt sein Name gestanden haben muss, geht er zu Oberstaatsanwalt O und fragt diesen, ob er das Verfahren nicht besser einem Kollegen übergeben soll. Was wird O von Rechts wegen unternehmen?

2. Bevor O zu einer Entscheidung in der Sache gelangt ist, erkrankt C langfristig, weshalb der amtsintern für seine Vertretung zuständige Staatsanwalt S das Verfahren gegen A übernimmt. Da er die Beweislage als sehr schwierig einschätzt, allerdings einen späteren gerichtlichen Schuldspruch auch nicht ausschließen will, erwägt er das Verfahren gemäß § 170 Abs. 2 StPO „in dubio pro reo“ einzustellen. Mit Recht?

3. Schließlich kommt es doch zu einer Anklage des A wegen des oben geschilderten Sachverhalts bei dem zuständigen Strafgericht. Nach Beginn der Hauptverhandlung gegen A möchte dessen Verteidiger V den Vorsitzenden Richter R ablehnen. R hatte in einem wissenschaftlichen Beitrag in der „NJW“ kürzlich – noch vor Erhebung der Anklage gegen A – die Auffassung vertreten, bei Betrügereien und ähnlichen „faulen Tricks“ müsse endlich der gesetzliche Strafrahmen voll ausgeschöpft werden, so dass V nunmehr fürchtet, R sei möglicherweise bei einer späteren Strafzumessung gegen A voreingenommen, weshalb er seinen Ausschluss beantragt. Darf R das Verfahren gegen A weiter führen?

4. Die Staatsanwaltschaft führt wegen der genannten Vorfälle Ermittlungsverfahren durch. Da B abgetaucht ist, klagt sie wegen des Überfalls auf A nur den C an. Nachdem das Gericht die Anklage zugelassen und die Hauptverhandlung gegen A eröffnet hat, wird u.a. A als Zeuge gehört, der C am Tatort zur Tatzeit gesehen haben will. Daraufhin bringt V, Verteidiger des C, vor, gleichwohl sei C in Wirklichkeit zu dieser Zeit nicht in Berlin, sondern in Hamburg gewesen und habe dort die ganze Nacht hindurch eine „Kneipentour“ mit einer Person unternommen, die er im Zug nach Hamburg unter dem Spitznamen „Icke“ kennengelernt habe; den wirklichen Namen und die Personalien wisse er aber nicht. Nunmehr beantragt V:

(1) Vernehmung des Zeugen „Icke“ zum Beweis der Tatsache, dass sich C zur Tatzeit mit ihm in diversen Hamburger Kneipen aufgehalten haben.

(2) Vernehmung des Angeklagten C zum Beweis der Tatsache, dass er zur Tatzeit in diversen Hamburger Kneipen gewesen sei.

(3) Vernehmung von Werner Meyer (W), Wirt der Kneipe „Hamburger Tor“, Hafen-Str. 2, zum Beweis der Tatsache, dass A zur Tatzeit an der Bar in seiner Kneipe gesessen und dort Bier bestellt und getrunken habe.

Das Gericht möchte diese Anträge ablehnen, zumal W bereits von der Kriminalpolizei und Staatsanwaltschaft vernommen worden sei, wobei er zwar – ausweislich der Akten – angedeutet hat, dass C zur fraglichen Zeit durchaus bei ihm gewesen sein könnte, zugleich aber auf die Vernehmungsbeamten einen unglaublichen Eindruck hinterlassen hat und bereits wegen Meineids vorbestraft sei. Kann das Gericht die gestellten Anträge ablehnen?

5. Im Verfahren gegen A gibt dieser an, den Alkohol müsse ihm jemand unbemerkt in sein Glas geschüttet haben. Daraufhin lädt das Gericht die J als Zeugin, die ihrerseits wegen des oben beschriebenen Geschehens bereits einen Strafbefehl erhalten und die darin verhängte Geldstrafe auch bezahlt hat. Inzwischen ist J für ein Jahr in den USA an unbekanntem Ort, so dass sie nicht geladen werden kann. Allerdings existiert ein deutsches polizeiliches Vernehmungsprotokoll. Darf das Protokoll der Aussage der J vor Gericht verlesen werden, auch wenn – wie R, der Verteidiger des A, einwendet – seit der Abi-Feier A und J fest liiert sind und nach der Rückkehr der J sich die Hochzeit versprochen haben, sofern die laufende Scheidung der J von ihrem Ehemann E bis dahin „durch“ sei, und die Polizei in Kenntnis dieser Umstände gegenüber der J keine Belehrung nach §§ 52 ff. StPO vorgenommen habe? – Die protokollierte polizeiliche Befragung fand nach der Bezahlung der Geldstrafe statt.