

## 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 Rauschtat, § 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).