

Lösungsskizze mit Korrekturanmerkungen

Aufgabe 1: Strafbarkeit von A, B, E, F und Y

A: Tanken im Oktober und November

I. Strafbarkeit der A

1. § 242 I StGB bzgl. Benzins durch Tanken (-)

Einverständnis und damit keine Wegnahme.

Muss nicht angesprochen werden.

2. § 246 I bzgl. Benzins durch Tanken, Zahlen, Wegfahren (-)

Übereignung und damit keine Zueignung.

Muss nicht angesprochen werden.

3. Strafbarkeit gem. § 263 I StGB gegenüber dem Kassenpersonal zu Lasten der „TankEasy“ und zugunsten der A

Für einen Betrug fehlt es an den Tatbestandsmerkmalen der Täuschung und des Irrtums:¹ Zwar ist hier mit dem Kassenpersonal ein grundsätzlich irrtumsfähiges Individuum anwesend. Insofern weicht die Konstellation von den Fällen des klassischen Bankautomatenmissbrauchs ab. Allerdings fehlt es den Verkäufern an einer eigenständigen Kontroll- und Entscheidungsfunktion. Maßgebend für die Vornahme der Verfügung ist allein, ob die elektronische Autorisierung des Kartennutzers erfolgt. Ist dies der Fall, so besteht kein weiterer Entscheidungsspielraum des Kassenpersonals. Richtigerweise mangelt es in diesen Konstellationen bereits an einer konkludenten Täuschung des Käufers über seine ohne hin vorliegende Zahlungsfähigkeit und -willigkeit gegenüber den Verkäufern;² ein entsprechender Erklärungswert kommt dem Verhalten der A in einem derart formalisierten Verkaufsvorgang regelmäßig nicht zu.

4. Strafbarkeit gem. § 263a I Var. 3 StGB durch die Nutzung der Tankkarte zu privaten Zwecken (zu Lasten des Dienstherrn)

Kartenaussteller bzw. die Tankstellen scheiden von vornherein als Geschädigte aus, wie sich aus der im Sachverhalt geschilderten Zahlungskette ergibt. Daher bietet es sich an, sogleich mit der Prüfung eines Computerbetrugs zu Lasten des Dienstherrn zu beginnen.

¹ Daher erscheint es auch gut vertretbar, mit § 263a StGB zu beginnen.

² Vgl. MK/Hefendehl StGB, 3. Aufl. 2019, § 263 Rn 140.

a) Die A hat die Daten dadurch verwendet, dass sie die Karte in den Kassencmputer eingeführt und die PIN eingegeben hat.³

b) Fraglich ist, ob die Verwendung der Daten auch *unbefugt* erfolgte.

Die Eingabe der Daten war jedenfalls nicht vom Willen des Dienstherrn der A als dem Vermögensinhaber gedeckt, da die Tankkarte nach dessen ausdrücklicher Anweisung nur zum Betanken des Dienstwagens eingesetzt werden durfte. Nach der **subjektiven Auslegung** genügt dies⁴ für eine unbefugte Verwendung. Eine solche liegt immer dann vor, wenn die Daten entgegen dem ausdrücklichen oder mutmaßlichen Willen des Verfügungsberechtigten verwendet werden.⁵ Die **computerspezifische Auffassung** fordert dagegen, dass sich der entgegenstehende Wille des Betreibers gerade in der Ausgestaltung des jeweiligen Computerprogramms niedergeschlagen hat.⁶ Demnach scheidet eine unbefugte Verwendung hier aus, da der Kassencmputer funktionsgerecht bedient wurde. Nach der **betrugsspezifischen Auslegung** liegt eine unbefugte Verwendung vor, wenn diese Täuschungsähnlichkeit i.S.d. § 263 StGB aufweist.⁷ Eine solche Täuschungsäquivalenz ist gegeben, wenn das jeweilige Verhalten gegenüber einer Person eine Täuschung darstellen würde.

Die unterschiedlichen Auffassungen sind hier mit entsprechender Argumentation gleichwertig vertretbar. Um die Strukturgleichheit von § 263 StGB und § 263a StGB zu wahren, erscheint die betrugsspezifische Auslegung allerdings vorzugswürdig.⁸ Gegen die subjektive Auslegung spricht in erster Linie, dass diese den Anwendungsbereich des § 263a I Alt. 3 StGB zu weit ausdehnt und über diesen letztlich reine Vertragsuntreue sanktionierbar wäre.⁹ Mit der computerspezifischen Auffassung wird der Anwendungsbereich umgekehrt dagegen derart verengt, dass insbesondere die Fälle des Bankautomatenmissbrauchs nicht mehr erfasst würden.¹⁰

Fraglich ist, ob nach der **betrugsspezifischen Auslegung** im Fall einer Überschreitung der Nutzungsgrenze im Innenverhältnis zu einem Dritten eine unbefugte Verwendung vorliegt.¹¹ Sofern man hier auf den fiktiven Fall abstellen würde, dass die A seitens ihres Dienstherrn nicht eine Tankkarte, sondern jeweils Bargeld erhalten hätte, so hätte sie in diesem Fall gegenüber dem Kassencmputerpersonal weder ausdrücklich noch konkludent erklären müssen, dass sie auch berechtigt sei, dieses zu verwenden. Das Kassencmputerpersonal macht sich nämlich regelmäßig keine Gedanken darüber, ob der Kunde möglicherweise im Innenverhältnis zu einem Dritten anderweitig gebunden ist.¹² Andererseits könnte auch argumentiert werden, dass der Kunde zugleich schlüssig miterklärt, dass er im Innenverhältnis zu einer

³ MK/Mühlbauer § 263a Rn 35.

⁴ Ebenfalls vertretbar erscheint es, den Willen der TankEasy für maßgeblich zu erklären, weil sie durch die Zahlung mit der Tankkarte zur Begleichung der Tankrechnung verpflichtet wird. Allerdings hätte die TankEasy ihrerseits einen bedingungslosen Anspruch gegen das Regierungspräsidium. Von daher stünde ihr Wille der Nutzung nicht entgegen, so dass die subjektive Auslegung – die TankEasy als Berechtigte vorausgesetzt – zu keiner unbefugten Verwendung gelangen würde. Zur daraus entstehenden Vergleichbarkeit mit dem Dreiecksbetrug sogleich im Text.

⁵ Hilgendorf JuS 1997, 130, 132; BayObLG NJW 1991, 438, 440 f.

⁶ LG Freiburg NJW 1990, 2635, 2637; OLG Celle NSTz 1989, 367.

⁷ Wessels/Hillenkamp/Schuh Strafrecht BT 2, 41. Aufl. 2018, Rn 613; Fischer StGB, 66. Aufl. 2019, § 263a Rn 11; Tiedemann/Waßmer Jura 2000, 533, 536; Lackner/Kühl/Kühl, 29. Aufl. 2018, § 263a Rn 13.

⁸ Wessels/Hillenkamp/Schuh Rn 613.

⁹ Wessels/Hillenkamp/Schuh Rn 613.

¹⁰ Rengier BT I, 21. Aufl. 2019, § 14 Rn 17, 26.

¹¹ Vgl. den Fall einer entwendeten Tankkarte des OLG Celle NSTz-RR 2017, 80 f.

¹² Für die Fälle abredewidriger Barabhebungen LK/Tiedemann/Valerius StGB, 12. Aufl. 2012, § 263a Rn 50 f.; Sch/Sch/Perron StGB, 30. Aufl. 2019, § 263a Rn 12; BGH wistra 2004, 299, 300; OLG Dresden StV 2005, 443.

entsprechenden Verwendung bevollmächtigt sei.¹³ Jedoch würde diese Auslegung dazu führen, dass dem Verhalten der A ein Erklärungswert zugemessen werden würde, den in der vorliegenden Situation überhaupt niemand gefordert hat.

Sofern man hier – eher fernliegend – mit der **subjektiven Auffassung** eine unbefugte Datenverwendung bejaht, muss man weiter prüfen, ob durch die unbefugte Verwendung der Daten das Ergebnis eines Datenverarbeitungsvorganges beeinflusst wurde. Auch das Auslösen eines Datenverarbeitungsvorganges reicht hierfür aus, es bedarf keines bereits in Gang befindlichen Datenverarbeitungsvorganges. Diesem widerspricht auch nicht der Gesetzeswortlaut, da das Ingangsetzen gerade eine besonders intensive Form der Beeinflussung darstellt.¹⁴

Der BGH hat in einer Entscheidung von Ende 2016 (BGH, Beschl. vom 23. November 2016 – 4 StR 464/16, NStZ-RR 2017, 79) unter Hinweis auf § 675j BGB in einem obiter dictum angemerkt, dass in Fällen einer absprachewidrigen Verwendung von Zahlungskarten entgegen der bisherigen Rspr. eine unbefugte Verwendung von Daten in Betracht kommen könnte.

Im BGH-Fall ging es allerdings nicht um irgendeine absprachewidrige Verwendung von Zahlungskarten, sondern speziell um die Überlassung einer Bankkarte vom Bankkunden an einen Dritten entgegen der vertraglichen Vereinbarung zwischen Bankkunde und Bank. Hebt der Dritte nun mit der Karte Geld ab, soll das unbefugt i.S.d. § 263a sein, weil es keine wirksame Autorisierung nach § 675j BGB darstellt (weil der Bankkunde die Karte nicht weitergeben durfte). Im Ergebnis geht es also um die Missachtung der Regelungen im Verhältnis Bankkunde und Bank.

In unserem Fall könnte zwar die Nutzung von Karte samt PIN ein Zahlungsinstrument sein. Es liegt aber in jedem Fall eine wirksame Autorisierung nach § 675j BGB vor: Stellt man, so wie hier, oben auf den Willen des Dienstherrn als Berechtigten ab, gab es schon keine Überlassung der Karte an einen Dritten, A hat schließlich selbst getankt. Aber auch wenn man TankEasy als Berechtigten ansieht, gibt es keine vertragswidrige Überlassung der Karte an einen Dritten; der Dienstherr durfte ja die Tankkarte der A überlassen. Das Nutzen der Karte und die Eingabe der PIN durch A ist also in jedem Fall eine wirksame Autorisierung.

Hier liegt eine Konstellation vor, die mit derjenigen des **Dreiecksbetrugs** vergleichbar ist, da der Schaden nicht beim Kartenaussteller, sondern bei einem Dritten eingetreten ist.¹⁵ Da § 263a und § 263 StGB auch insoweit strukturgleich sind, müsste die Verfügung im Rahmen des Bezahlvorgangs dem Regierungspräsidium zugerechnet werden können. Ein entsprechendes Näheverhältnis ergibt sich hier aus dem Kartenvertrag (§§ 675 I, 675c BGB), da die „TankEasy“ hiernach befugt ist, belastende Verfügungen für das Regierungspräsidium vorzunehmen.

Der Schaden ist auch unmittelbares Ergebnis des Datenverarbeitungsvorgangs.¹⁶ Selbst wenn die Belastungen Tankstelle – „TankEasy“ – Regierungspräsidium nicht mechanisch ablaufen und weitere Verfügungen (z.B. Überweisungen) erfolgen müssen, steht dies der Unmittelbarkeit nicht entgegen.¹⁷ Es

¹³ So für die Fälle abredewidriger Barabhebungen Lackner/Kühl/Heger § 263a Rn 14; Eisele/Fad, Jura 2002, 305, 310.

¹⁴ Rengier BT I § 14 Rn. 5, 26.

¹⁵ LK/Tiedemann § 263a Rn 71; Fischer § 263a Rn 21; Sch/Sch/Perron § 263a Rn 22.

¹⁶ Zum Unmittelbarkeitserfordernis MK/Mühlbauer § 263a Rn 97; LK/Tiedemann/Valerius § 263a Rn 65; Fischer § 263a Rn 22; Lenckner/Winkelbauer, CR 1986, 654, 659.

¹⁷ Sch/Sch/Perron § 263a Rn 21; Lackner/Kühl/Heger § 263a Rn 18.

reicht aus, wenn der Datenverarbeitungsvorgang wesentliches Teilstück einer mehraktigen Vermögensdisposition darstellt.¹⁸ Von den zwischengeschalteten Personen wird keine eigenverantwortliche Inhaltskontrolle vorgenommen, diesen kommt lediglich die Funktion zu, das Ergebnis des Datenverarbeitungsvorgangs (Höhe des jeweiligen Zahlungsbetrags) umzusetzen.¹⁹

Die Kompensationsbereitschaft und -fähigkeit der A spielt jedenfalls beim Computerbetrug keine Rolle. Denn ihr Verhalten ist gerade darauf angelegt, den Schaden zu verbergen. Ein Vermögensschaden könnte allenfalls dann verneint werden, wenn im Zeitpunkt der Belastung des Regierungspräsidiums bereits ein Vermögenszuwachs aktiviert werden könnte. Eine solche Konstellation liegt hier nicht vor.

Die verschiedenen Interpretationsmöglichkeiten der unbefugten Verwendung der Daten sollten bekannt sein und wegen der Relevanz für den Fall dargestellt werden.

5. Strafbarkeit gem. § 266b I Alt. 2 StGB

a) Die Tankkarte stellt hier eine „echte“ Kreditkarte dar, da sie es dem Inhaber ermöglicht, eine Geldzahlung des Ausstellers „TankEasy“ an einen Dritten (einzelne Tankstellen) zu veranlassen (sog. „Drei-Partner-System“). Anders als im sog. „Zwei-Partner-System“ ist der Verkäufer der Ware nicht mit dem Kartenaussteller identisch, vielmehr werden diese Rollen auf verschiedene (juristische) Personen verteilt. Die Karte wurde der A auch seitens der „TankEasy“ überlassen, da sie mit Willen des Ausstellers in ihren Besitz gelangte.²⁰

b) Ein Missbrauch dieser Nutzungsmöglichkeit liegt vor, wenn – wie beim Missbrauchstatbestand des § 266 StGB – der Nutzer im Außenverhältnis innerhalb des ihm eingeräumten rechtlichen Könnens handelt, im Innenverhältnis er aber das rechtliche Dürfen überschreitet.²¹ Maßgeblich ist hierfür aber allein das Innenverhältnis zum Kartenaussteller,²² also der „TankEasy“. Die A hat lediglich im Innenverhältnis zu ihrem Dienstherrn abredewidrig gehandelt.

c) Jedenfalls ist kein Vermögensschaden des *Kartenausstellers* eingetreten. Die „TankEasy“ wurde jeweils durch das Regierungspräsidium schadlos gestellt, wozu dieses auch jeweils verpflichtet war.

Ein Fehlen dieses Tatbestands fällt nicht schwer ins Gewicht.

6. Strafbarkeit gem. § 269 I, III StGB

Eine Strafbarkeit der A entfällt, da der Datenbestand im Falle seiner Wahrnehmung keine unechte Urkunde („Quasiurkunde“) darstellen würde. Die „TankEasy“ ist hier nicht nur vermeintlicher, sondern auch tatsächlicher Aussteller der Daten.

– ein nicht im Zentrum stehender Straftatbestand –

¹⁸ Sch/Sch/Perron § 263a Rn 21.

¹⁹ Sch/Sch/Perron § 263a Rn 21; MK/Mühlbauer § 263a Rn 101.

²⁰ Vgl. LG Dresden NStZ 2006, 633.

²¹ Lackner/Kühl/Heger § 266b Rn 5.

²² Fischer § 266b Rn 17; offengelassen von LG Dresden NStZ 2006, 633.

7. Strafbarkeit gem. § 268 I Nr. 1, III StGB

A hat hier den Kassenscomputer funktionsgemäß bedient, daher hat dieser auch ordnungsgemäße „echte“ technische Aufzeichnungen hergestellt. Unehchte Aufzeichnungen liegen nur dann vor, wenn in den Aufzeichnungsvorgang direkt eingegriffen wird.

– Eine Nichterwähnung dieser beiden Straftatbestände wiegt nicht schwer. –

8. Strafbarkeit gem. § 266 I Alt. 1 StGB durch Einsatz der Karte zu privaten Zwecken

a) A müsste hierfür eine ihr eingeräumte Befugnis, über fremdes Vermögen zu verfügen, missbraucht haben. Der A wurde durch das Regierungspräsidium die Befugnis eingeräumt, ihren Dienstherrn unter Einsatz der Tankkarte finanziell zu verpflichten.

b) Des Weiteren hat die A diese Befugnis missbraucht, da sie ihre Pflichten aus dem Innenverhältnis verletzte,²³ indem sie abredewidrig auch ihren Privatwagen mit der Karte betankt hat und – mangels Sperrung der Karte – eine nach außen wirksame Verpflichtung des Regierungspräsidiums begründete.

c) Auch § 266 I 1. Alt. setzt nach h.A. eine **Vermögensbetreuungspflicht** voraus, da ansonsten zwischen § 266 I 1. Alt. und § 266 I 2. Alt. ein Wertungswiderspruch entstünde.²⁴ Eine Vermögensbetreuungspflicht lässt sich hier nicht mit der allgemeinen Treuepflicht aus dem Beamtenverhältnis begründen;²⁵ vielmehr bedarf es einer zusätzlichen spezifischen Treuepflicht.²⁶ Hier wurde der A zusätzlich die Möglichkeit eingeräumt, ihren Dienstherrn durch Einsatz der Karte finanziell zu verpflichten. Im Rahmen dieser Verpflichtungen hatte sie die finanziellen Interessen ihres Dienstherrn zu berücksichtigen und zu wahren. Diese Pflicht kann hier auch nicht als eine lediglich untergeordnete Nebenpflicht gewertet werden, da diese Verpflichtung auf einer besonderen Abrede zwischen der A und ihrem Dienstherrn fußte. Der A wurde eine Position eingeräumt, die auf Vertrauen des Dienstherrn basierte und nicht jederzeit kontrollierbar war. Die A konnte selbstständig entscheiden, wann und wie oft sie die Karte einsetzte, daher kam ihr auch der notwendige eigenverantwortliche Entscheidungsspielraum zu.

Die Ablehnung einer Vermögensbetreuungspflicht erscheint mit der Argumentation denkbar, die insoweit eingeräumte Möglichkeit spiele im Rahmen des Dienstverhältnisses nur eine untergeordnete Rolle.

d) Fraglich ist, ob hier auch ein Vermögensnachteil seitens des Regierungspräsidiums vorliegt. Ein solcher ist dann gegeben, wenn das pflichtwidrige Verhalten zu einer Minderung des wirtschaftlichen Gesamtwertes führt.²⁷ A war jederzeit bereit und in der Lage, den pflichtwidrig verwendeten Betrag zu ersetzen, allerdings nur, sofern „Irritationen“ auftreten sollten. Fraglich ist, ob in dieser Bereitschaft eine ausreichende Schadenkompensation zu sehen ist. Anders als bei § 263 StGB soll bei § 266 StGB eine derartige Bereitschaft in die Bestimmung eines Vermögensnachteils einbezogen werden.²⁸ Insofern unterscheidet sich die Beziehung des „Ungetreuen“ zu dem Vermögen seines Opfers grundlegend

²³ Vgl. Lackner/Kühl/Heger § 266 Rn 6.

²⁴ Siehe nur Rengier BT I § 18 Rn 2 f., 14. Wer eine Vermögensbetreuungspflicht nicht für erforderlich hält (und dies auch begründet), gelangt zu keinem anderen Ergebnis.

²⁵ Rengier BT I § 18 Rn 24; LG Dresden NSTZ 2006, 633, 634.

²⁶ BGH StV 1995, 73.

²⁷ Lackner/Kühl/Heger § 266 Rn 17.

²⁸ BGHSt 15, 342, 344; BGH NSTZ 1995, 233, 234; a.A. Sch/Sch/Perron § 266 Rn 42.

von der des Betrügers zum angegriffenen Vermögen. Dem Ungetreuen sei grundsätzlich daran gelegen, die Verbindungen zu seinem Geschäftsherrn weiterhin aufrechtzuerhalten.²⁹

Fraglich ist aber, ob hier dem Dienstherrn tatsächlich ein werthaltiger Ausgleichsanspruch zur Verfügung steht, der einen Schaden entfallen lässt. A hat ihre Ersatzbereitschaft an die Bedingung geknüpft, dass bei ihrem Dienstherrn „Irritationen“ auftreten. Zwar soll einem werthaltigen Ausgleichsanspruch nicht entgegenstehen, dass dieser von der Kenntnis des Dienstherrn abhängt;³⁰ allerdings dürfen dann einer Kenntniserlangung durch den Dienstherrn keine wesentlichen Hindernisse entgegenstehen.³¹ Die Sachlage ist hier nicht derart eindeutig, dass die Pflichtverletzung der A mit Sicherheit irgendwann aufgedeckt wird und dann der Ersatzanspruch aktiviert werden könnte. Durch die Vermischung von regulären und pflichtwidrigen Tankrechnungen ist die Herkunft der einzelnen Beiträge so verschleiert, dass diese überhaupt nur im Rahmen einer detaillierten Buchprüfung erfasst werden können. Das Verhalten der A ist hier insgesamt darauf ausgerichtet, „Irritationen“ erst gar nicht eintreten zu lassen und so auch eine Schadenskompensation zu verhindern. Daher ist die Ersatzbereitschaft der A hier nur als Bereitschaft zu einer *nachträglichen Schadenswiedergutmachung* zu werten, die den Schaden – wie bei § 263 StGB – gerade nicht entfallen lässt.³²

Vermögensbetreuungspflicht und (das im Sachverhalt angedeutete) Schadensproblem sollten hier hinreichend intensiv diskutiert werden.

e) Fraglich ist, ob nicht ein besonders schwerer Fall der Untreue gem. § 266 I, II i.V.m. § 263 III 2 Nr. 4 2. Alt. StGB vorliegt. A ist als Beamtin Amtsträgerin im Sinne des § 11 I Nr. 2a StGB und missbrauchte Ihre Stellung als Abteilungsleiterin beim Regierungspräsidium, indem sie die ihr für dienstliches Betanken übertragene Tankkarte privat nutzte. Eine Strafschärfung ist aber abzulehnen, da gerade dieser Missbrauch die Strafbarkeit nach § 266 I 1. Alt. StGB begründet und sich daher nach der ratio legis des § 46 III StGB (Doppelverwertungsverbot: ein Umstand, der die Strafbarkeit erst begründet, darf nicht zugleich strafschärfend berücksichtigt werden) nicht weiter strafschärfend auswirken darf.³³

9. Strafbarkeit gem. § 246 II StGB

Bezugsobjekt des Zueignungswillens kann nur eine Sache sein. Dabei ist derselbe Sachbegriff wie bei § 242 I StGB zugrunde zu legen. Die Sache selbst scheidet hier als Zueignungsobjekt aus, da sich die A zu keinem Zeitpunkt die Sache selbst, also die Tankkarte, zueignen wollte. Bezugsobjekt kann demnach allein ein in der Sache selbst verkörperter Sachwert in Form ihres spezifischen Funktionswertes sein. Allein mit dem Einsatz der Karte wird dieser aber kein spezifischer Funktionswert entzogen, vielmehr soll sie nur gleichsam einem Schlüssel die unbefugten Tankvorgänge ermöglichen. Der reine „Verwendungswert“ ist aber von der restriktiv anzuwendenden Sachwerttheorie nicht erfasst.³⁴ Eine Unterschlagung am Benzin scheidet bei Zugrundelegung der ganz h.M. ebenfalls aus, da die Tankstelle an jeden formal berechtigten Karteninhaber übereignen will.

– Prüfung ist *eh*er fernliegend und kann auch unterbleiben. –

²⁹ Bockelmann Strafrecht BT 1, 2. Aufl. 1982, S 146; Hefendehl Vermögensgefährdung und Exspektanzen, 1994, S 285, 286.

³⁰ Hefendehl S 286.

³¹ Hefendehl S 286.

³² BGH NSTZ 1986, 455; vgl. Wessels/Hillenkamp/Schuh Rn 775.

³³ Sch/Sch/Perron § 266 Rn 53 m.w.N.; a.A. BGH NSTZ 2000, 592.

³⁴ Rengier BT I § 2 Rn 110 ff.

B: Tanken im Dezember

I. Strafbarkeit der A

Da die eigentlich schädigende Handlung von B ausgeführt wird, werden einige Bearbeiter mit dessen Prüfung beginnen und sodann auf ggf. mittelbare Täterschaft der A zu sprechen kommen (dazu sogleich). Ein solches Vorgehen ist ebenso legitim wie der hier bevorzugte Aufbau.

Strafbarkeit gem. §§ 266 I Alt. 1, 25 I Alt. 2 StGB

Indem die A den B angewiesen hat, ihr Privatfahrzeug mit der Diensttankkarte zu betanken, könnte sie sich zudem gemäß §§ 266 I 1. Alt, 25 I 2. Alt. StGB strafbar gemacht haben. Fraglich ist, ob die jeweiligen Tathandlungen des B („Betanken des Privatfahrzeugs“) der A zurechenbar sind. B selbst kommt hier nicht als Täter in Frage, da es an einer „Vermögensbetreuungspflicht“ als Sonderdeliktseigenschaft fehlt. Zwar ist auch B Beamter, allerdings reicht die allgemeine beamtenrechtliche Treuepflicht allein für die Begründung einer Vermögensbetreuungspflicht nicht aus. Sofern die A die Handlungen selbst vorgenommen hätte, würden diese taugliche Tathandlungen im Rahmen einer Untreue darstellen (siehe oben). Hier ist aber der bösgläubige B dazwischengeschaltet, was Zweifel an der grundsätzlich die Täterschaft begründenden Tatherrschaft aufkommen lässt.

a) Nach der streng subjektiven Theorie kommt es für eine Täterschaft der A allein auf die innere Willensrichtung der A an. Da allein diese ein entsprechendes eigenes Interesse an der Tat hat, liegt bei ihr ein entsprechender Täterwille vor.³⁵ Allerdings fordert inzwischen auch die Rechtsprechung, dass zumindest ein Wille zur Tatherrschaft gegeben ist.³⁶

Deshalb erscheint eine Darstellung der rein subjektiven Theorie auch entbehrlich.

b) Es könnte jedoch an einer Tatherrschaft der A über die Handlungen des B fehlen, da dieser eigenverantwortlich und in voller Kenntnis aller Umstände handelte. Seiner Täterschaft steht allein das Fehlen einer besonderen Vermögensbetreuungspflicht entgegen (Fallgruppe des „qualifikationslos-dolosen“ Werkzeugs). Fraglich ist, ob dieses Defizit des B ausreichend ist, um eine Tatherrschaft der A zu begründen. Wer für die Begründung der Tatherrschaft allein auf die psychische Steuerungsmacht in Form einer „Willensherrschaft“ des Hintermannes abstellt,³⁷ lehnt in diesen Fällen konsequent eine Tatherrschaft ab.³⁸ Sofern man für eine Tatherrschaft auch bereits eine „normative“ Überlegenheit ausreichen lässt,³⁹ besteht hier bei der A aufgrund ihrer besonderen Pflichtenbindung eine derartige rechtliche „Überlegenheit“.

Richtigerweise kommt es hier aber auf das Kriterium der Tatherrschaft nicht an, denn § 266 StGB stellt ein sog. **Pflichtdelikt** dar.⁴⁰ Im Rahmen des § 266 StGB ist nach dem Gesetzeswortlaut derjenige Täter,

³⁵ RGSt 74, 85; BGHSt 18, 87 zur Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme.

³⁶ BGHSt 35, 347 („Katzenkönig“); zur Mittäterschaft: BGHSt 37, 289, 291; BGH NStZ 2002, 145 f.; BGH NStZ 2003, 253, 254.

³⁷ Zum Terminus der Willensherrschaft Roxin Strafrecht AT II, 2003, § 25 Rn 46 ff.

³⁸ SK/Hoyer, 9. Aufl. 2019, § 25 Rn 21.

³⁹ Lackner/Kühl/Kühl § 25 Rn 4; kritisch Sch/Sch/Heine/Weißer § 25 Rn 20 f.

⁴⁰ LK/Roxin StGB, 11. Aufl. 1992 ff., § 25 Rn 134 ff.; Roxin § 25 Rn 267 ff.; LK/Schünemann, StGB, 12. Aufl. 2007, § 25 Rn 134, welcher nicht auf die rein formale Pflicht, sondern auf das Obhutsverhältnis zum geschützten Rechtsgut als „pflichtenerzeugenden materiellen Kern“ abstellen will. Zu einer Anwendung des Kriteriums der Tatherrschaft kommen Rengier BT I § 18 Rn 68 f.; Jakobs Strafrecht AT, 2. Aufl. 1991, 21/ 104.

der seine spezifische Vermögensbetreuungspflicht verletzt (sog. Intraneus).⁴¹ Die Täterschaft wird dabei allein über die Vermögensbetreuungspflicht begründet. Unbeachtlich ist dagegen, bei wem die Tatherrschaft über das Gesamtgeschehen liegt.⁴² Der pflichtverletzende Vermögensverwalter ist auch dann Täter, wenn die eigentlich vermögensschädigende Handlung (wie hier der Tankkarteneinsatz) durch eine Person ohne besondere Pflichtenbindung erfolgt (sog. Extraneus).⁴³

Auf Grundlage der Pflichtdeliktslehre ist also entscheidend, ob A auch in den Fällen, in denen sie die Tankkarte nicht eigenhändig vorgelegt hat, dennoch ihre Vermögensbetreuungspflicht verletzt hat. A hat den B angewiesen, mit der Tankkarte ihren Privatwagen zu betanken. Bereits mit dieser Anweisung des B zu einer unbefugten Handlung hat sie die Pflicht, die Vermögensinteressen ihres Dienstherrn zu wahren und zu schützen, verletzt. Voraussetzung für den Missbrauchstatbestand ist aber weitergehend, dass der Täter wirksam, aber bestimmungswidrig über das fremde Vermögen *verfügt* bzw. dessen Inhaber *verpflichtet*.⁴⁴ In der Anweisung kann hier zwar ein rechtsgeschäftliches Verhalten gegenüber dem B gesehen werden (z.B. Auftrag), jedoch stellt dieses noch kein außenwirksames Verfügungs- oder Verpflichtungsgeschäft über das zu betreuende Vermögen dar. Dies scheint ein Indiz für die Bejahung der Treubruchvariante zu sein. In der hier in Frage stehenden Konstellation der mittelbaren Täterschaft genügt allerdings für den Missbrauchstatbestand, dass sich der treupflichtige Intraneus für die vermögensschädigende Transaktion, anstelle sie höchstpersönlich vorzunehmen, eines Extraneus bedient.⁴⁵ In der Verwendung der Tankkarte durch B unter Eingabe der korrekten PIN ist daher eine außenwirksame Verfügung über das Vermögen des Regierungspräsidiums zu sehen, die der A als Täterin zuzurechnen ist. Somit wurde der Missbrauchstatbestand erfüllt.

Ob A hier unmittelbare oder mittelbare Täterin ist,⁴⁶ stellt letztlich nur eine dogmatische Feinheit dar, die keine Auswirkung auf die im Ergebnis vorliegende Täterschaft der A hat.⁴⁷ Vorzuziehen ist jedoch eine mittelbare Täterschaft der A, da sie sich zur Tatausführung einer anderen Person bedient und daher nach der Gesetzesterminologie die Tat „durch einen anderen begeht“.⁴⁸

Zum Vorliegen eines Vermögensnachteils s.o.

Das Problem der mittelbaren Täterschaft ist schwierig. Bearb. sollten aber bei einer sauberen Lösung zumindest auf die Problematik stoßen.

II. Strafbarkeit des B

1. Strafbarkeit gem. § 263a StGB

Sofern man – **eher** fernliegend – objektiv zu einem Computerbetrug gelangt (s.o.), ist auf subjektiver Seite die erforderliche *Dritt*bereicherungsabsicht des B zugunsten der A gegeben.

⁴¹ Roxin § 25 Rn 271 ff.

⁴² Roxin § 25 Rn 272.

⁴³ Roxin § 25 Rn 272.

⁴⁴ Sch/Sch/Perron § 266 Rn 14.

⁴⁵ Roxin § 25 Rn 272.

⁴⁶ Dazu m.w.N. Mitsch JuS 2011, 97, 103.

⁴⁷ Dies insbesondere dann, wenn man die gesetzliche Fassung des § 25 I Var. 2 StGB für rein deklaratorisch hält (vgl. LK/Schünemann Vor § 25 Rn. 14; Sch/Sch/Heine/Weißer vor §§ 25 ff. Rn. 81; a.A. SK/Hoyer, 9. Aufl. 2017, Vor § 25 Rn. 9 ff.).

⁴⁸ Roxin § 25 Rn 272.

2. Strafbarkeit gem. § 266b I Alt. 2 StGB

Täter kann nur der berechtigte Karteninhaber sein, da nur diesem die Möglichkeit „ingeräumt“ ist, den Aussteller zu einer Zahlung zu veranlassen.⁴⁹ B ist hier nicht berechtigter Inhaber der Karte, Nutzungsberechtigte war allein die A.

Bei der Strafbarkeit des B geht es im Wesentlichen um eine konsequente Fortsetzung der Prüfung.

3. Strafbarkeit gem. §§ 263a I Var 3, 26 StGB

Sofern man einen Computerbetrug des B bejaht, muss man die Anstiftung der A zu diesem prüfen, da sie mit ihrer Anweisung erst den Tatentschluss zu diesem hervorgerufen hat.

4. Strafbarkeit gem. § 266 I StGB

Der Missbrauchstatbestand (Abs. 1 Var. 1) ist schon deshalb nicht erfüllt, weil dem B von seinem Dienstherrn die Karte nicht zur Verwendung übergeben wurde, so dass er – anders als A – keine Verpflichtungsbefugnis hat.

Voraussetzung für die Erfüllung des Treubruchtatbestands (Abs. 1 Var. 1) ist eine Vermögensbetreuungspflicht. B steht zwar ebenfalls als Beamter in einem Dienstverhältnis zur Stadt O. Die allgemeine beamtenrechtliche Treuepflicht allein reicht aber zur Begründung einer Vermögensbetreuungspflicht gegenüber dem Dienstherrn nicht aus. Eine darüber hinausgehende Abrede zwischen dem Dienstherrn und B liegt gerade nicht vor.

5. Strafbarkeit gem. §§ 266 I Alt. 1, 27 I StGB

B hat durch sein Verhalten vorsätzlich die Untreue durch die A gefördert.⁵⁰ Wegen des Fehlens einer Vermögensbetreuungspflicht bei B als strafbegründendes persönliches Merkmal ist die Strafe zusätzlich zu der nach § 27 II 2 StGB vorzunehmenden Milderung noch nach § 28 I i.V.m. § 49 I StGB zu mildern.⁵¹

C: An der Tankstelle

I. Strafbarkeit der F

1. Diebstahl gemäß § 242 I StGB

Die F hat sich bereits durch das Einstecken der Ware gemäß § 242 StGB strafbar gemacht. Hierfür ist es belanglos, ob sie von einer Beobachtung durch das Kassenpersonal ausging, an eine solche nicht dachte oder hoffte, dass dieses konkret abgelenkt war. Denn im bloßen Beobachten liegt noch kein

⁴⁹ Lackner/Kühl/Heger § 266b Rn 2.

⁵⁰ Zur Möglichkeit einer Beihilfe in diesen Konstellationen LK/Schünemann § 25 Rn 43.

⁵¹ BGH StV 1995, 73; a.A. Sch/Sch/Perron § 266 Rn 52.

Einverständnis in die Gewahrsamsaufhebung.⁵² Der Gewahrsamswechsel und damit die Vollendung der Wegnahme tritt vielmehr mit dem Verbringen der Ware in den körperlichen Tabubereich ein.⁵³

– Ein Standardproblem, das kurz genannt werden sollte. –

2. Hausfriedensbruch gemäß § 123 I StGB

Alein das Betreten der Tankstelle, um einen Diebstahl zu begehen, reicht für ein „Eindringen“ nicht aus. Die generelle Zutrittserlaubnis bei Räumen, die dem Publikumsverkehr offen stehen, ist nicht an eine „innere Willensrichtung“ gebunden. Die generelle Zutrittserlaubnis entfällt nur dann, wenn sich die widerrechtliche Zweckverfolgung auch im äußeren Erscheinungsbild niedergeschlagen hat.⁵⁴

– kein wesentlicher Straftatbestand für die Klausur –

3. Hehlerei gemäß § 259 I StGB durch die Weitergabe der Weinflasche an B

Nach dem Gesetzeswortlaut („ein anderer“) kann der Täter der Vortat keine Hehlerei begehen.

4. Unterschlagung gemäß § 246 I StGB

In der Schenkung der Weinflasche an B könnte eine erneute Manifestation des Zueignungswillens liegen. Nach der Tatbestandslösung ist eine erneute Zueignung bereits begrifflich nicht möglich, die Zueignung sei ein einmaliger, nicht wiederholbarer Vorgang.⁵⁵ Dagegen kann nach der Konkurrenzlösung der Zueignungswille auch mehrfach manifestiert werden,⁵⁶ da es insofern nicht auf die Zueignung selbst, sondern lediglich auf deren Manifestation ankomme. Die Unterschlagung scheidet aber dann auf Konkurrenzebene als mitbestrafte Nachtat des Diebstahls aus. Einer Entscheidung bedarf es hier nicht, da keine Konstellation vorliegt, in der der Streitstand tatsächlich relevant wird (wie bei Teilnahme oder Verjährung).

– Ein Standardproblem, das kurz genannt werden sollte. –

II. Strafbarkeit des B

1. Diebstahl in Mittäterschaft mit der F gemäß §§ 242 I, 25 II StGB

Mittäterschaft setzt bewusstes und gewolltes Zusammenwirken mehrerer voraus. Hier mangelt es offensichtlich an einem gemeinsamen Tatplan.

– Prüfung kann auch unterbleiben. –

⁵² Hefendehl NStZ 1992, 544; Rengier BT I § 2 Rn 49, 66.

⁵³ BGHSt 26, 24; Rengier BT I § 2 Rn 47.

⁵⁴ Wessels/Hettinger/Engländer Strafrecht BT I, 42. Aufl. 2018, Rn 663.

⁵⁵ BGHSt 14, 38, 43 ff.; Lackner/Kühl/Kühl § 246 Rn 7.

⁵⁶ Wessels/Hillenkamp/Schuh Rn 309 ff.

2. Beihilfe zum Diebstahl der F gemäß §§ 242 I, 27 I StGB

Die mögliche Hilfeleistung durch B setzte erst nach Vollendung der Wegnahme ein (vgl. o.). Durch die Ablenkung des Tankstellenkassierers hat er jedoch der F ermöglicht, sich mit der Ware ungehindert zu entfernen und die Tat somit zu beenden. Es stellt sich hier also die Frage, inwiefern eine Beihilfe auch im Beendigungsstadium noch möglich sein kann:

Namentlich nach der Rspr. kann eine Beihilfe auch erst im Beendigungsstadium einsetzen, da auch die Beendigungsphase zumindest noch zum „materiellen“ Tatbestand gehören soll.⁵⁷ Überzeugender erscheint es jedoch, eine sukzessive Beihilfe in diesem Stadium abzulehnen und eine Beihilfe nur bis zur Vollendung zuzulassen. Die Hilfeleistung muss nach dem Wortlaut von § 27 StGB zur „Tat“ geleistet werden, die Beendigungsphase gehört jedoch nicht mehr zum gesetzlichen Tatbestand.⁵⁸ Eine Ausdehnung des Zeitpunktes der Beihilfehandlung in dieses Stadium erscheint daher unter dem Gesichtspunkt des Art. 103 II GG problematisch.⁵⁹ Zudem führt sie zu erheblichen Rechtsunsicherheiten, da das Ende der „materiellen“ Beendigungsphase völlig offen ist bzw. letztlich nur willkürlich festgesetzt werden kann. Des Weiteren wird die Abgrenzung zu Anschlussdelikten wie § 257 StGB erschwert und deren Anwendungsbereich verkürzt.⁶⁰

Sofern man die Möglichkeit einer (sukzessiven) Beihilfe bejaht, ist eine solche nur dann zu bejahen, wenn man auch die bloße Förderung der Tathandlung durch die Hilfeleistung ausreichen lässt⁶¹ und auf das Erfordernis einer Erfolgskausalität verzichtet.⁶² Auf dieser Grundlage hat der B durch sein Verhalten dazu beigetragen, dass die F nach Vollendung der Wegnahme die Tankstelle unbemerkt verlassen und sich mit ihrer Beute entfernen konnte. Es kommt dabei nicht darauf an, ob die F Kenntnis von seiner Hilfeleistung hatte. Anders als im Rahmen der Anstiftung ist bei der Beihilfe ein geistiger Kontakt zwischen Teilnehmer und Haupttäter nicht erforderlich.⁶³ Insofern ist auch eine „heimliche Beihilfe“ möglich.⁶⁴

In subjektiver Hinsicht würde sich nach der Rechtsprechung die Frage stellen, in welcher inneren Willensrichtung der B seine Handlung vorgenommen hat. Hier zeigt sich ein weiteres Mal die Nichtdurchführbarkeit einer sachgerechten Abgrenzung zwischen einer Beihilfe zur Vortat und einer Begünstigung. Denn B wollte schlicht helfen.

3. Begünstigung gemäß § 257 I StGB

a) Sofern man eine sukzessive Beihilfe generell ablehnt, liegt eine Begünstigung vor. Die Ablenkung des Kassierers durch den B stellt eine objektiv zur Vorteilssicherung geeignete Handlung dar und wurde auch subjektiv in dieser Tendenz vorgenommen.⁶⁵

⁵⁷ BGHSt 2, 345; 19, 323, 325; *Fischer* § 27 Rn 6; differenzierend *Sch/Sch/Heine/Weißer* § 27 Rn 20.

⁵⁸ *Kindhäuser* Strafrecht AT, 8. Aufl. 2017, § 42 Rn 28; *Lackner/Kühl/Kühl* § 27 Rn 3.

⁵⁹ *Rengier* BT I § 7 Rn 48.

⁶⁰ *Rengier* BT I § 7 Rn 48.

⁶¹ RGSt 58, 113; BGH wistra 2004, 180; BGH NJW 2001, 2409, 2410; *Wessels/Beulke/Satzger* Strafrecht AT, 48. Aufl. 2018, Rn 901.

⁶² Siehe hierzu *Kühl* AT, 8. Aufl. 2017, § 20 Rn 219 ff.

⁶³ *Kühl* AT § 20 Rn 228.

⁶⁴ BGH StraFo 2004, 247; a.A. *Heghmanns* GA 2000, 473, 479, der argumentiert, die Sanktionierung von Hilfeleistungen sei nur dann legitim, wenn durch ihre Verhinderung das Rechtsgut geschützt werden könne. Das sei aber nur dann der Fall, wenn der Tatbeitrag auf den Tatentschluss des (Haupt-)Täters einwirke. Daher sei ein „Beistandspakt“ erforderlich.

⁶⁵ *Lackner/Kühl/Kühl* § 257 Rn 3.

b) Sofern man eine sukzessive Beihilfe bejaht, ist fraglich, ob daneben tatbestandlich auch eine Begünstigung in Betracht kommt. Die Rspr. nimmt eine Abgrenzung anhand der inneren Willensrichtung des Helfers vor. Ziele diese darauf ab, den Abschluss der Haupttat zu fördern, so liege eine Beihilfe vor, solle der Haupttäter vor einem Verlust des erlangten Vorteils geschützt werden, dann sei Begünstigung gegeben. Insofern schließen sich Beihilfe und Begünstigung gegenseitig aus.⁶⁶ Diese Abgrenzung ist aber – wie gezeigt – auch in der Praxis nicht durchführbar. Nach anderer Ansicht schließen sich Begünstigung und Beihilfe nicht tatbestandlich aus, vielmehr tritt eine strafbare Begünstigung in Anlehnung an § 257 III S. 1 StGB als regelmäßig mitbestrafte Nachtat zurück.⁶⁷ Als Argument hierfür lässt sich anführen, dass die Strafbarkeit nicht von der nur schwer beweisbaren inneren Willensrichtung abhängen darf, insbesondere auch deswegen nicht, weil das Strafmaß einer strafbaren Begünstigung u.U. geringer sein kann als eine Haftung wegen Beihilfe.⁶⁸

Das Problem der Abgrenzung „Beihilfe zur Vortat“ – „Begünstigung“ sollte bekannt sein und hinreichend intensiv diskutiert werden. Sofern oben die Vollendung des Diebstahls der F erst mit dem Verlassen des Geschäfts angenommen worden sein sollte, müsste die Problematik wenigstens hilfsgutachtlich behandelt werden.

4. Hehlerei gemäß § 259 I StGB

Indem B die Weinflasche an sich nahm, obwohl er erkannte, dass sie aus dem Diebstahl der F stammte, könnte er sich gemäß § 259 I StGB strafbar gemacht haben. B kommt als Täter einer Hehlerei in Frage. Dem steht nicht entgegen, dass der B (bei entsprechender Lösung zu oben 2.) bereits an dem Diebstahl der E als Vortat beteiligt gewesen ist. Anders als der Vortäter selbst kann der Teilnehmer nach überwiegender Ansicht § 259 I StGB erfüllen.⁶⁹ Eine taugliche abgeschlossene Vortat liegt mit dem Diebstahl der F vor.

Fraglich ist, ob sich der B die Sache auch *verschafft* hat. An dem erforderlichen einverständlichen Zusammenwirken mit der F als Vortäterin könnte es hier fehlen, da die F dem B die Weinflasche unerwartet heimlich zugesteckt hat. Anders als in BGHSt 15, 53, 59 hat der B die Weinflasche aber in Kenntnis ihrer Herkunft an sich genommen und für eigene Zwecke verwendet. Darin liegt zugleich zumindest eine konkludente Annahme des Schenkungsangebots der F und somit auch ein einverständliches Zusammenwirken mit dieser bei seiner Besitzbegründung.

Da ein Tankstellenwein regelmäßig weniger als 25 € kosten dürfte (er war „recht günstig“), liegt eine geringwertige Sache vor, so dass gem. §§ 259 II, 248 a StGB ein Strafantrag zu stellen ist.

– weniger wichtig als die Begünstigungsproblematik –

5. Unterschlagung § 246 I StGB

Die von B mitwirkliche Unterschlagung tritt hinter § 259 StGB im Wege formeller Subsidiarität zurück.

⁶⁶ BGHSt 4, 132, 133; OLG Köln NJW 1990, 587, 588.

⁶⁷ Vgl. Rengier BT I § 20 Rn 18.

⁶⁸ Sch/Sch/Hecker § 257 Rn 7; Rengier BT I § 20 Rn 18.

⁶⁹ BGHSt 7, 134 ff.; 22, 206 f.; Fischer § 259 Rn 31; Rengier BT I § 22 Rn 72; Sch/Sch/Hecker § 259 Rn 51.

D: Der Einkauf

I. Strafbarkeit des E wegen Betruges gemäß § 263 I StGB

Indem E angab, die Waren für seine Gaststätte zu benötigen, und daraufhin die Waren zum ermäßigten Preis erhielt, könnte er sich gemäß § 263 I StGB strafbar gemacht haben.

a) Ein Irrtum entfällt hier nicht deswegen, weil der Verkäufer darauf verzichtete, einen entsprechenden Berechtigungsnachweis zu verlangen. Zwar kann hier unter dem Aspekt eines nur subsidiären Strafrechtschutzes diskutiert werden, dass derjenige nicht schutzwürdig ist, der seinen Irrtum mitverantworten hat.⁷⁰ Eine tatbestandsrelevante teleologische Reduktion kommt aber nur bei einer bewussten Risikoentscheidung des Vermögensträgers in Betracht.⁷¹ Eine solche erscheint hier bei entsprechender Argumentation denkbar. So nahm die Geschäftsleitung „schwarze Schafe“ gleichsam sehenden Auges in Kauf. Herkömmlicherweise wird man allerdings die Opfermitverantwortung allenfalls auf der Strafzumessungsebene ansiedeln.

b) Das Vorliegen eines Vermögensschadens ist grundsätzlich durch einen Vergleich der Vermögenslage vor und nach der Vermögensverfügung zu bestimmen.⁷² Hier liegt die Besonderheit vor, dass trotz des täuschungsbedingten Preisnachlasses das Gesamtsaldo des S-Marktes nicht nur ausgeglichen, sondern sogar geringfügig erhöht war. Die *Vermögensmehrung* ist lediglich nicht in dem Maße eingetreten, wie sie bei einem Verkauf an einen Privatkunden eigentlich erfolgt wäre. Das bloße Ausbleiben einer *Vermögensmehrung* genügt allerdings regelmäßig zur Begründung eines Vermögensschadens nicht.⁷³ § 263 StGB schützt nur den Bestand des Vermögens, enttäuschte Äquivalenzerwartungen allein stellen daher grundsätzlich keinen Vermögensschaden dar.⁷⁴

Jedoch könnte hier ein Vermögensschaden unter dem Aspekt der Vereitelung einer vermögenswerten Expektanz auf den nicht rabattierten Preis vorliegen. Unter welchen Voraussetzungen eine solche vorliegt, ist streitig. Klare, einheitliche Kriterien sind hierfür noch nicht gefunden worden.

aa) Nach der Rechtsprechung liegt nur dann eine solche vor, wenn festgestellt werden kann, dass die Ware „ohne Weiteres zu einem höheren Preis hätte verkauft werden können“ und folglich ein dem höheren Preis entsprechender Vermögenszuwachs wahrscheinlich gewesen wäre.⁷⁵ Mangels hinreichender Wahrscheinlichkeit, dass die Ware zu einem nicht rabattierten Preis absetzbar gewesen wäre, verneinte die Rspr. in einem ähnlichen Fall einen Vermögensschaden.⁷⁶ Die bloße Gewinnchance des S-Marktes habe sich noch nicht zu einer vermögenswerten Expektanz verdichtet.

bb) Der Rechtsprechungsansatz über die bloße (hohe) Wahrscheinlichkeit erweist sich als kaum operationalisierbar. Vielmehr erscheint der folgende Ansatz vielversprechender (*der freilich nicht von den Bearb. zu verlangen ist; sie müssen aber zumindest versuchen, die „Floskel“ von der Wahrscheinlichkeit auf den Fall anzuwenden*): Nur der Begriff des Vermögens kann Ausgangspunkt für die Definition der vermögenswerten Expektanz sein, nicht etwa von ihm unabhängige Hilfskriterien. Eine solche vermö-

⁷⁰ Siehe zum viktimodogmatischen Ansatz die Darstellung bei MK/Hefendehl § 263 Rn 29 f., 271 ff. m.w.N.

⁷¹ MK/Hefendehl § 263 Rn 279 f.

⁷² Lackner/Kühl/Kühl § 263 Rn 36.

⁷³ BGH NJW 2004, 2603, 2604; Lackner/Kühl/Kühl § 263 Rn 36.

⁷⁴ OLG Stuttgart NStZ-RR 2007, 347; BGH NJW 1993, 2993.

⁷⁵ OLG Stuttgart NStZ-RR 2007, 347.

⁷⁶ OLG Stuttgart NStZ-RR 2007, 347.

genswerte Exspektanz liegt dann vor, wenn von einer (wiederum rechtlich, meist zivilrechtlich konstituierten) Herrschaft auszugehen ist, die die störungsfreie Möglichkeit der Entwicklung eines Zustandes zum Vollwert beinhaltet.⁷⁷ Wenn das Vermögen die soziale Zuordnung von Werten vornimmt, muss der Wille einer Entwicklung zum Vollwert bereits erkennbar betätigt sein. Denn nur so kann die Rechtsordnung eben diese Zuteilung bei Werten vornehmen, die sich anfangs noch als eine einer unbestimmten Vielzahl von Vermögensträgern zustehende Verhaltensoption darstellt.

Der folgende Dreischritt erweist sich als notwendig:⁷⁸ *Erstens* muss der Inhaber einer vermögenswerten Exspektanz mit rechtlich anerkannten Möglichkeiten externe Störfaktoren bei der Entwicklung zum Vollwert unterbinden können. *Zweitens* darf sich derjenige, von dem das Exspektanzobjekt erlangt werden soll, von seiner Verpflichtung nicht mehr sanktionslos lösen können. Und *drittens* muss der potenzielle Exspektanzinhaber sein Vorhaben in der Außenwelt zum Ausdruck gebracht haben.⁷⁹

Beim Vertragsschluss trotz anderweitiger Gewinnmöglichkeit kann eine personalisierte Exspektanz oder eine Marktsexpektanz in Rede stehen.⁸⁰ In einem als Rechtsverkehr ausgestalteten Wirtschaftsleben ergibt sich eine vermögenswerte Exspektanz regelmäßig aus einem Beziehungsgefüge. Ein solches ist wiederum in zwei Konstellationen denkbar: *Zum einen* kann dieses Beziehungsgefüge individuell ausgestaltet sein, also sich auf ein Individuum oder einen sonstigen individualisierten Vertragspartner beziehen. Insoweit soll von einer personalisierten Exspektanz gesprochen werden. Und *zum anderen* kommt in bestimmten Fällen der nicht auf einen bestimmten Vertragspartner spezifizierte Markt in Betracht, wenn ein solcher in hinreichend homogener Form überhaupt existiert und man demzufolge auf konkrete Marktverhandlungen verzichten kann. Hierfür bietet sich die Bezeichnung Marktsexpektanz an.⁸¹

Eine *personalisierte Exspektanz* setzt nach den entwickelten allgemeinen Grundsätzen voraus, dass die in Aussicht genommene Bezugsperson keine Möglichkeit mehr hat, die Erfüllung der Exspektanz zu verweigern. Hieraus folgt, dass der potenzielle Betrugstäter stets Störfaktor ist und eine vermögenswerte Exspektanz ihm gegenüber nicht in Betracht kommt. So liegt der Fall auch hier. E war gerade nicht bereit, zu einem höheren Preis abzuschließen. Eine *Marktsexpektanz* wiederum ist in einer Marktwirtschaft nur in solchen seltenen Ausnahmekonstellationen anzunehmen, in denen ein homogener Absatzmarkt mit konstanten Absatzerwartungen existiert.⁸² Ein derart starrer Markt mit sicheren Absatzerwartungen existiert im Nahrungsmittelbereich nicht. Daher ist auch keine Marktsexpektanz zerstört worden.⁸³

Möglicherweise ist die OLG Stuttgart-Entscheidung bekannt. Der Sachverhalt gibt in jedem Falle genügend Anhaltspunkte für die intensive Diskussion der Frage des Schadens. Auch auf die Irrtumsproblematik wird im Sachverhalt hingewiesen.

⁷⁷ Zust. *Otto* Grundkurs Strafrecht, 7. Aufl. 2005, § 51 Rn 85.

⁷⁸ MK/Hefendehl § 263 Rn 425.

⁷⁹ So bereits *Hefendehl* S 117 f.; zust. *Rönnau* FS Kohlmann, 2003, S 239, 255.

⁸⁰ Vgl. im Einzelnen MK/Hefendehl § 263 Rn 443 ff.

⁸¹ Zust. zu dieser Differenzierung *Rönnau* S 239, 255 f.

⁸² Vgl. im Einzelnen MK/Hefendehl § 263 Rn 458 ff.

⁸³ Sollte E meinen, sich strafbar gemacht zu haben, so würde es sich um ein strafloses Wahndelikt handeln.

E: Im Auto

Strafbarkeit des Y

1. Erpressung gemäß § 253 I StGB bzgl. in Zukunft vorzunehmendem Einsatz der EC-Karte

Soweit die Bearb. bei der Prüfung des § 253 I StGB differenzieren sollten und zunächst eine isolierte Erpressung bezüglich der EC-Karte ansprechen, wobei der Vermögensschaden im Verlust der EC-Karte zu sehen wäre, müsste beachtet werden, dass die EC-Karte als solche lediglich als „Schlüssel“ dient, der laut Sachverhalt auch wieder zurückgegeben werden soll.

Y könnte den E durch Drohung mit einem empfindlichen Übel zur Übergabe der EC-Karte und Preisgabe der Geheimnummer genötigt haben. Als ein solches Übel kommt hier die Drohung mit einer Strafanzeige in Betracht, die nach dem zu § 263 Ausgeführten im Ergebnis nicht gerechtfertigt wäre.

a) Schutzgut von §§ 253 I, 240 I StGB ist die allgemeine Willensentschlussfreiheit des Betroffenen.⁸⁴ Demnach kommt als Übel jeder Nachteil in Betracht, der geeignet ist, das Opfer zu dem vom Täter gewünschten Verhalten zu motivieren.⁸⁵ Eine derartige Motivationswirkung kann selbst von einem erlaubten Verhalten ausgehen,⁸⁶ so dass nicht nur die Drohung mit strafbaren Handlungen tatbestandsmäßig ist.⁸⁷ Sofern man bei einer Drohung mit erlaubtem Verhalten das Übel verneint, wird dabei verkannt, dass auch erlaubtes Verhalten im Einzelfall rechtsmissbräuchlich sein kann und auch ein Straftäter den willkürlichen Angriffen Dritter auf seine Entscheidungsfreiheit nicht schutzlos ausgeliefert sein darf.⁸⁸ Zudem setzt die Existenz von § 154 c StPO voraus, dass die Drohung mit einer Strafanzeige den Tatbestand der Nötigung erfüllen kann.⁸⁹ Keine Rolle spielt es somit, dass im vorliegenden Fall die Beteiligten offensichtlich davon ausgingen, dass das Verhalten im S-Markt den Betrugstatbestand erfüllte und somit eine Strafanzeige nicht etwa unter § 164 StGB fallen würde (s.u.).

b) Die mögliche Strafanzeige stellt hier nicht nur ein Übel dar, sie ist auch als empfindlich zu bewerten. Auf Grund der Nachteile, die mit einem Strafverfahren einhergehen können, kann hier von E nicht erwartet werden, dass er der Drohung in „besonnener Selbstbehauptung“ standhält.⁹⁰ Mit der gesonderten Verwerflichkeitsprüfung ist ein ausreichendes Korrektiv vorhanden, eine Nötigung bei einer Drohung mit einer Strafanzeige im Einzelfall zu verneinen. Insofern besteht kein Bedürfnis, die Drohung mit einer Strafanzeige bereits auf Tatbestandsebene als taugliches Nötigungsmittel auszuschließen.

a.A. mit der Begründung vertretbar, es fehle an einer tatbestandsmäßigen Drohung mit einem empfindlichen Übel. Denn selbst wenn sich das Strafverfahren als gegenstandslos erweisen sollte, so ist die Anzeigenerstattung zunächst nur ein als solcher rechtmäßiger Hinweis auf eine mögliche Straftat gegenüber den Strafverfolgungsbehörden. Daher kann man argumentieren, dass die Drohung mit der Anzeige die dem Opfer zustehende Freiheit nicht beschränkt und ferner die Rechtmäßigkeit eines Verhaltens nicht

⁸⁴ Kindhäuser Strafrecht BT I, 8. Aufl. 2017, § 13 Rn 1; Sch/Sch/Eisele § 240 Rn 1; Wessels/Hettinger/Engländer Rn 428.

⁸⁵ BGHSt 31, 195, 201; MK/Sinn, 2017, § 240 Rn 71; Kindhäuser BT I § 13 Rn 16.

⁸⁶ BGHSt 31, 195, 196; Kindhäuser BT I § 13 Rn 20.

⁸⁷ Sch/Sch/Eisele § 240 Rn 9.

⁸⁸ Kindhäuser BT I § 13 Rn 19.

⁸⁹ Kindhäuser BT I § 13 Rn 20.

⁹⁰ BGHSt 31, 195, 201; Kindhäuser BT I § 13 Rn 26.

durch eine unlautere Motivation seiner Ausübung verwirkt wird, vgl. Jakobs, Nötigung durch Unterlassen als Freiheitsdelikt, Festschrift für Peters, 1974, S. 69 (81 ff.).

c) Sofern man mit der *Verfügungslehre* im Rahmen von § 253 I StGB eine Vermögensverfügung fordert,⁹¹ ist eine solche hier jedenfalls gegeben. Die (potenzielle) Vermögenseinbuße hängt hier aus Sicht des E von seiner Mitwirkung ab (Übergabe der Karte und Nennung der Geheimzahl), es liegt insofern die erforderliche subjektive Schlüsselstellung des Genötigten vor.⁹²

d) Fraglich ist, ob durch die Nennung der Geheimzahl und die Übergabe der EC-Karte bei E auch bereits ein Vermögensnachteil eingetreten ist.⁹³ Ein solcher kann sich hier nur aus dem Gesichtspunkt einer schadensgleichen bzw. konkreten (besser: schädigenden) Vermögensgefährdung ergeben. Denn erst mit dem Abheben des Geldes tritt der völlige Verlust der Vermögensposition ein. Nach der Rspr. liegt ein Gefährdungsschaden vor, wenn der Eintritt wirtschaftlicher Nachteile bei dem Opfer naheliegend oder wahrscheinlich ist.⁹⁴ Damit sind die Kriterien in gleicher Weise wie bei der vermögenswerten Expektanz unklar und vage. Auf Grundlage derartiger Wahrscheinlichkeitskriterien könnte hier ein Gefährdungsschaden bejaht werden.⁹⁵ Da der Y hier sowohl in Besitz der EC-Karte war als auch die Geheimzahl kannte, hatte er die Möglichkeit des Zugriffs, der nach seinen Vorarbeiten auch nahelag. Auf Grund der Nötigung brauchte er auch nicht damit zu rechnen, dass E die Karte sperren lassen würde. Damit wäre das Vermögen bereits zu diesem Zeitpunkt unmittelbar gefährdet.⁹⁶ In den Fällen, in denen es später zu einer Geldabhebung kommt, läge lediglich eine Schadensvertiefung vor.

Stellt man – auf der Basis der Verfügungslehre – das Kriterium der Unmittelbarkeit von Verfügung und Schaden in den Vordergrund,⁹⁷ scheint mehr für eine Ablehnung einer schädigenden Vermögensgefährdung zu sprechen. Denn mit dem Geldabheben bedarf es eines weiteren wesentlichen (strafbaren) Aktes. Das Kriterium der Unmittelbarkeit erscheint jedoch eher als eine „unnötige Krücke“. Vielmehr ist anhand des Vermögensbegriffs selbst zu entscheiden, ob eine solche Situation gegeben ist, in der der Vermögensträger dem drohenden Vermögensverlust nichts mehr entgegensetzen kann. Bilanzrechtlich betrachtet, müsste er in diesem Fall den in Frage stehenden Vermögenswert abschreiben.⁹⁸ Vorliegend hat E zwar die Möglichkeit, den Eintritt eines effektiven Schadens – etwa durch einen kurzfristigen Anruf – durch Kartensperre zu vermeiden. Er befürchtete aber, sich in diesem Fall der Strafverfolgung auszusetzen. In einer solchen Konstellation wird man der grundsätzlich bestehenden Vermeidemacht keinen wirtschaftlichen Wert beimessen und damit eine schädigende Vermögensgefährdung annehmen müssen.

Stellt man dennoch – vertretbar – auf die Unmittelbarkeit ab, so lässt sie sich mit der Begründung verneinen, Y müsse die EC-Karte ja noch einsetzen.

⁹¹ Rengier BT I § 11 Rn 13, 25 ff.; MK/Sander § 253, 2017, Rn 13 ff.; Sch/Sch/Bosch § 253 Rn 8 f.

⁹² Siehe hierzu Küper/Zopfs BT, 10. Aufl. 2018, Rn 703; verfehlt wäre es, in einer solchen Konstellation – Vorliegen einer Vermögensverfügung – eine intensive Abgrenzung von Erpressung und Raub vorzunehmen, weil auch die Rechtsprechung hier zu einer Erpressung gelangt.

⁹³ Die nachfolgenden Überlegungen könnten streng genommen schon bei der Prüfung der Vermögensverfügung vorgenommen werden, sofern man eine solche für die Erpressung verlangt.

⁹⁴ BGHSt 1, 92, 93 f.; 34, 394, 395; BGH NSTZ 2004, 264, 265.

⁹⁵ BGH NSTZ-RR 2004, 333, 334.

⁹⁶ BGH NSTZ-RR 2004, 333, 334; zust. MK/Sander § 253 Rn 25; Graul, Jura 2000, 204, 207 f.

⁹⁷ Rengier BT I § 11 Rn 50 f. Für eine jedenfalls teilweise Aufgabe des Unmittelbarkeitserfordernisses bei § 253 StGB Lackner/Kühl/Kühl § 253 Rn 3.

⁹⁸ Zu einer derartigen Sichtweise MK/Hefendehl § 263 Rn 536 ff.

e) Gleichwohl ist richtigerweise eine vollendete Erpressung abzulehnen, womit das gleiche Ergebnis wie über die Unmittelbarkeit erzielt wird. Denn es fehlt an der erforderlichen Bereicherungsabsicht. Bei der Erpressung handelt es sich zweifelsfrei um ein kupiertes Erfolgsdelikt, nicht um ein verkümmert mehraktiges Delikt.⁹⁹ Aus dieser Deliktsstruktur lässt sich aber nur folgern, dass sich die Bereicherungsabsicht im Moment der Verwirklichung des objektiven Tatbestandes konstituiert haben muss, es darf sich also nicht um eine Option für die Zukunft handeln. Diese Konstituierung der Bereicherungsabsicht lässt sich exakt über die Voraussetzungen einer vermögenswerten Exspektanz definieren.¹⁰⁰ Und eine solche kann allein aus der Kenntnis von Geheimzahl und dem Besitz der EC-Karte noch nicht hergeleitet werden. Für eine vermögenswerte Exspektanz bedarf es vielmehr einer Manifestation nach außen hin. Davor handelt es sich allein um eine Handlungsoption. Die Richtigkeit dieser Sichtweise ergibt sich auch daraus, dass weder für die schädigende Vermögensgefährdung noch für die Bereicherungsabsicht auch nur eine Größendimension genannt werden kann. *Dieser Lösungsweg ist von den BearbeiterInnen nicht zu verlangen. Sie müssen lediglich thematisieren, ob vorliegend bereits ein Vermögensnachteil zu bejahen ist.*

f) Die Verwerflichkeitsklausel (§ 253 II StGB) wäre hier – sofern man einen Vermögensschaden bejaht – erfüllt. Zwar kann die Verwerflichkeit bei Drohungen mit einer erlaubten Strafanzeige im Einzelfall entfallen, allerdings nur dann, wenn das angestrebte Verhalten mit der Straftat in einem inneren Zusammenhang steht.¹⁰¹ An einem solchen konnexen Verhältnis fehlt es hier, da Y hier nur eigennützige Zwecke und nicht etwa eine Wiedergutmachung des Schadens anstrebt.¹⁰² Sofern teilweise die Verwerflichkeit bei einer Drohung mit einer Strafanzeige generell verneint wird und dem Opfer insofern eine Duldungspflicht auferlegt wird,¹⁰³ so wird dabei übersehen, dass allein aus der Befugnis, einem anderen ein Übel zuzufügen, nicht auch zugleich die Befugnis folgt, diesem mit einem solchen zu drohen.¹⁰⁴ Jedermann kann bei einer Straftat eine entsprechende Strafanzeige erstatten, aber eben allein zu dem Zweck, ein formales Strafverfahren einzuleiten.¹⁰⁵ Es erscheint daher als rechtsmissbräuchlich, wenn diese Möglichkeit zu anderen Zwecken eingesetzt wird,¹⁰⁶ so dass dann regelmäßig eine verwerfliche Zweck-Mittel Relation vorliegt. Insbesondere würde der Selbstjustiz Vorschub geleistet, wenn man sich mit der Ankündigung einer Strafanzeige jegliche Gegenleistung „erkaufen könnte“.

2. Versuchte Erpressung gemäß §§ 253 III, I, 22 StGB bzgl. in Zukunft vorzunehmendem Einsatz der EC-Karte

Eine versuchte Erpressung werden diejenigen prüfen, die eine schädigende (konkrete) Vermögensgefährdung abgelehnt haben. Nach der hier vertretenen Lösung – Ablehnung der Bereicherungsabsicht – kommt freilich auch keine versuchte Erpressung in Betracht, ein Ergebnis, das man auch durch die Ablehnung des unmittelbaren Ansetzens (hierzu sogleich) erreichen kann.

⁹⁹ MK/Sander § 253 Rn 2.

¹⁰⁰ MK/Hefendehl § 263 Rn 895 ff.

¹⁰¹ MK/Sinn § 240 Rn 136; a.A. SK/Wolters § 240 Rn 47 ff.

¹⁰² Sch/Sch/Eisele § 240 Rn 23.

¹⁰³ SK/Wolters § 240 Rn 47.

¹⁰⁴ MK/Sinn § 240 Rn 136; a.A. aber SK/Wolters § 240 Rn 50.

¹⁰⁵ Vgl. Kindhäuser BT I § 13 Rn 19.

¹⁰⁶ Kindhäuser BT I § 13 Rn 19.

a) Y hatte Tatentschluss hinsichtlich § 253 I StGB sowie - hier angenommen - auch die erforderliche Bereicherungsabsicht.

b) Fraglich ist, ob hier ein unmittelbares Ansetzen bejaht werden kann. Nach den gängigen Abgrenzungskriterien kommt es letztlich darauf an, ob das geschützte Rechtsgut bereits als konkret gefährdet erscheint. Nach vielfach vertretener Ansicht soll die Versuchsschwelle immer dann überschritten sein, wenn der Täter (wie vorliegend) bereits den Tatbestand zumindest teilweise schon verwirklicht hat.¹⁰⁷ Dementsprechend wird im Rahmen von § 253 StGB der Versuch z.B. bereits mit dem Abschicken eines Drohbriefs bejaht.¹⁰⁸ Allerdings ist zu berücksichtigen, dass der Tatbestand des § 253 StGB neben der Nötigung noch weiteres Handeln des Täters verlangt, er muss auch „dem Vermögen des Genötigten ... Nachteil [zufügen]“. ¹⁰⁹ Dies zeigt, dass allein die Teilverwirklichung einiger Tatbestandsmerkmale als Versuchsindikator nicht ausreichend und zu unbestimmt ist. Entscheidend für den Versuchsbeginn ist daher nicht die Verwirklichung irgendeines Tatbestandsmerkmals, sondern ob der Täter entsprechend des Wortlautes von § 22 StGB insgesamt zur „Verwirklichung des Tatbestandes“ unmittelbar angesetzt hat.¹¹⁰ Hiernach muss Y neben der verwirklichten Nötigungshandlung zusätzlich auch bereits zur Vermögensschädigung angesetzt haben, da man nur so die Deliktsstruktur von § 253 StGB ausreichend erfasst.

Y hat sich durch die Nötigungshandlung zwar in den Besitz von EC-Karte und Geheimnummer gebracht, die vermögensschädigende Aktion muss er allerdings durch das Abheben des Geldes erst noch vornehmen. Sofern aber noch weiteres eigenes Handeln des Täters zur Tatbestanderfüllung erforderlich ist, hat dieser allein mit der Nötigungshandlung eben noch nicht unmittelbar zur gesamten Tatbestandsverwirklichung angesetzt.¹¹¹ Denn ein unmittelbares Ansetzen erfordert, dass ein Stadium erreicht ist, welches bei ungestörtem Fortgang in die Tatbestanderfüllung ohne weitere wesentliche Zwischenakte seitens des Täters einmündet. Hier bedarf es aber gerade noch weiterer wesentlicher Handlungs- und Entscheidungsschritte des Täters, insbesondere kann er ohne eine weitere Straftat (§ 263a StGB) überhaupt nicht in den Besitz des Geldes gelangen. Wann und wo diese erfolgen wird, ist noch völlig offen, so dass das Vermögen allein durch die Nötigungshandlung nicht als gefährdet erscheint. Daher hat sich Y durch die Nötigung lediglich eine Tatgelegenheit als „Zwischenerfolg“ geschaffen, welcher ihm die Möglichkeit bietet, durch weitere Handlungsschritte später an das Geld als vermögensschädigende Position zu gelangen.¹¹² Bildlich gesprochen hat Y noch nicht „die Hand zur Entgegennahme der Geldes und damit zur Schädigung des fremden Vermögens ausgestreckt“, eine derartige Gefahrensituation tritt erst ein, wenn Y die weiteren erforderlichen Schritte vornimmt.¹¹³ Die für ein unmittelbares Ansetzen erforderliche konkrete Rechtsgutgefährdung ist demnach in diesem Stadium zu verneinen.¹¹⁴

c) Sofern man hier trotz der obigen Überlegungen ein unmittelbares Ansetzen bejaht, scheidet ein strafbarer Versuch wegen eines erfolgreichen Rücktritts dennoch aus. Da kein fehlgeschlagener Versuch vorliegt und nach dem allein maßgeblichen „Rücktrittshorizont“ des Y der Versuch noch nicht

¹⁰⁷ Fischer § 22 Rn 9; Kühl AT § 15 Rn 55, allerdings mit der Einschränkung, dass eine tatbestandsspezifische Teilverwirklichung vorliegen muss.

¹⁰⁸ Sch/Sch/Bosch § 253 Rn 23-27; MK/Sander § 253 Rn 41.

¹⁰⁹ MK/Sander § 253 Rn 24.

¹¹⁰ MK/Hoffmann-Holland, 2017, § 22 Rn 102 ff.; Berz Jura 1984, 511, 512; Burkhardt JuS 1983, 427, 428 f.

¹¹¹ MK/Hoffmann-Holland § 22 Rn 122.

¹¹² Berz Jura 1984, 511, 518; MK/Hoffmann-Holland § 22 Rn 122.

¹¹³ Vgl. MK/Hoffmann-Holland § 22 Rn 122.

¹¹⁴ Einen Versuch bejaht im Ergebnis Hecker JA 1998, 301.

beendet ist, stellt die bloße Aufgabe der weiteren Tatausführung eine ausreichende Rücktrittshandlung dar, § 24 I 1. Alt. StGB. Bezüglich der Freiwilligkeit ist die Frage zu stellen, ob sich diese nach normativen oder nach psychologisierenden Kriterien bestimmt. Eine Entscheidung zwischen beiden Richtungen ist hier indes nicht notwendig, da bei „Gewissensbissen“ nach beiden Auffassungen eine freiwillige Tataufgabe vorliegt. Gewissensbisse fallen unter autonome Handlungsmotive, zugleich sind diese kein Zeugnis einer „kühl kalkulierenden Verbrechervernuunft“.¹¹⁵

Welcher Lösungsweg im Einzelnen eingeschlagen wird, ist nicht entscheidend. Es bedarf aber jeweils der intensiven Begründung, warum man einen Vermögensnachteil ablehnt bzw. warum man nicht zu einer Bestrafung wegen versuchter Erpressung gelangt.

3. Nötigung gemäß § 240 I StGB

Lehnt man eine vollendete sowie eine versuchte Erpressung ab (s.o.), hat sich Y allein gemäß § 240 I StGB strafbar gemacht, indem er den E mit der Drohung einer Strafanzeige zur Herausgabe der EC-Karte genötigt hat.

Mit der Begründung, dass Y mit einem erlaubten Tun droht (s.o. bei § 253), lässt sich auch hier die tatbestandmäßige Drohung verneinen.

¹¹⁵ Zum Ganzen Sch/Sch/Bosch § 24 Rn 42 ff.

Aufgabe 2: Vorgehen gegen das Urteil des Amtsgerichts

A ist der Auffassung, das Urteil des AG sei unter fehlerhafter Würdigung des Rechts zustande gekommen. Sie will sich damit gegen einen Rechtsfehler wenden. Wendet sich das Vorgehen ausschließlich gegen die Verletzung eines Gesetzes, ist die Revision das richtige Rechtsmittel (§ 337 I StPO).

A. Revisionsantrag durch Rechtsanwalt R

Zunächst hat Rechtsanwalt R bereits zugunsten der A gegen das Urteil des AG Revision eingelegt. Läge darin ein wirksamer Antrag, der auch nicht wirksam zurückgenommen worden wäre, ist der A zu raten, den Revisionsantrag innerhalb der – noch nicht verstrichenen – Monatsfrist ab Urteilsverkündung (§ 345 I StPO) ordnungsgemäß zu begründen und Anträge zu stellen (vgl. § 344 StPO). Ferner ist dann nur noch § 345 II StPO zu beachten. Fraglich ist somit, ob bereits durch den Antrag des R wirksam Revision zugunsten der A eingelegt wurde.

I. Gem. § 335 I i.V.m. § 312 StPO ist die Revision gegen Urteile des Amtsgerichts – sowohl in der Besetzung als Einzelrichter als auch bei Entscheidungen des Schöffengerichts – statthaft. Es liegt ein Fall der Sprungrevision vor, über die gem. § 335 II StPO iVm §§ 74 III, 121 I Nr. 1 b GVG das OLG entscheidet.

II. Als Beschuldigte ist A gem. § 296 I StPO zur Revisionseinlegung berechtigt; gem. § 297 StPO kann auch ihr Verteidiger das Rechtsmittel einlegen. Voraussetzung jeden Rechtsmittels ist ferner, dass ein Rechtsschutzinteresse besteht, derjenige, zu dessen Gunsten das Rechtsmittel eingelegt wird, also beschwert sein muss.¹¹⁶ A ist verurteilt worden, die angefochtene Entscheidung ist damit zu ihrem Nachteil ergangen.

III. Adressat des Revisionsantrags ist gem. § 341 I StPO das Gericht, dessen Urteil angefochten wird. Hier geht es um die Anfechtung des Urteils des AG, bei dem R die Revision zugunsten der A auch eingelegt hat. Auch die von dieser Vorschrift verlangte Schriftform ist gewahrt; ein Telefax genügt der Form.¹¹⁷ Schließlich verlangt § 341 I StPO die Einhaltung der Frist von einer Woche nach Urteilsverkündung. Der Antrag wurde am Nachmittag der Urteilsverkündung gestellt. Die Revision ist ordnungsgemäß eingelegt.

– Die Einschlägigkeit der Revision als Rechtsmittel sollte erkannt und ihre Zulässigkeit zumindest kurz geprüft werden. –

IV. Schließlich dürfte derjenige Verfahrensbeteiligte, zu dessen Gunsten das Rechtsmittel eingelegt wird, keinen Rechtsmittelverzicht erklärt oder das eingelegte Rechtsmittel inzwischen zurückgenommen haben. Einen Rechtsmittelverzicht hat A nicht erklärt. Infolge der vorangegangenen Verständigung (§ 257c StPO) wäre ein solcher Rechtsmittelverzicht ohnehin gem. § 302 I 2 StPO unwirksam gewesen. Möglicherweise könnte aber R für die A die Rechtsmittelrücknahme erklärt haben. Fraglich ist daher, ob in dem zweiten Fax des R eine wirksame Rechtsmittelrücknahme liegt.

1. Gem. § 302 II StPO bedarf der Verteidiger zur Zurücknahme der ausdrücklichen Ermächtigung. Nach der Urteilsverkündung war A mit der Rücknahme des Revisionsantrags durch R ausdrücklich einverstanden. Eine nachträgliche Änderung der Meinung der Mandantin ist unbeachtlich. Entscheidend ist

¹¹⁶ Beulke/Swoboda Strafprozessrecht, 14. Aufl. 2018, Rn 537.

¹¹⁷ BGH StV 1995, 454; Meyer-Goßner/Schmitt StPO, 62. Aufl. 2019, § 341 Rn 7; Pfeiffer StPO, 5. Aufl. 2005, § 341 Rn 4.

allein der Zeitpunkt der Rücknahmeerklärung. Die Unwirksamkeit der Rücknahmeerklärung folgt daher nicht aus § 302 II StPO. Ebenso wenig steht der Wirksamkeit entgegen, dass die Rechtsmittelfrist noch läuft (vgl. § 302 I 1 StPO).

2. Gem. § 302 I 2 StPO ist ein Rechtsmittelverzicht ausgeschlossen, wenn dem Urteil – wie hier – eine förmliche Verständigung nach § 257c StPO vorausgegangen ist. Ein solcher ist hier aber auch nicht gegeben, vielmehr hat R ein eingelegtes Rechtsmittel „bloß“ zurückgenommen. Die Rücknahme eines Rechtsmittels enthält aber nach h.M.¹¹⁸ zugleich grundsätzlich den Verzicht auf dessen wiederholte Einlegung. Die Rechtsfolgen beider Verhaltensweisen sind dieselben: sowohl ein Rechtsmittelverzicht wie die Rücknahme eines eingelegten Rechtsmittels führen zur formellen Rechtskraft des Urteils. Fraglich ist deshalb, wie der hier vorliegende Fall der Rechtsmittelrücknahme nach einer Verständigung rechtlich zu bewerten ist.

a) Da § 302 I 2 StPO die Rechtsmittelrücknahme nicht ausdrücklich erfasst, könnte die Vorschrift insoweit analog anzuwenden sein. Folge wäre dann, dass jegliche Rechtsmittelrücknahme nach einer durch eine Verständigung zustande gekommenem Urteil unzulässig wäre. Voraussetzung einer Analogie sind das Vorliegen einer planwidrigen Regelungslücke sowie eine vergleichbare Interessenlage.

Gegen das Vorliegen einer planwidrigen Regelungslücke spricht, dass das Gesetz in § 302 I 1 StPO sowohl Rechtsmittelverzicht als auch Rechtsmittelrücknahme anspricht. Wenn es sich in S. 2 sodann allein auf den Rechtsmittelverzicht bezieht, ist es kaum vorstellbar, dass die Rechtsmittelrücknahme im Folgesatz versehentlich vergessen wurde. Plausibler erscheint es, dass der Gesetzgeber die Regelung bewusst auf den Rechtsmittelverzicht beschränkt hat. Betätigt wird dies dadurch, dass ein entsprechender Vorschlag der Bundesrechtsanwaltskammer,¹¹⁹ der dem Gesetzgeber bekannt war, gerade nicht umgesetzt wurde.

Zudem liegen aber auch keine vergleichbaren Konstellationen vor. Mit der Vorschrift des § 302 I 2 StPO sollte verhindert werden, dass die Rechtsmittelberechtigten nach einer Verständigung aufgrund von (nur vermeintlichen) Erwartungshaltungen vorschnell auf Rechtsmittel verzichten: „Durch den Ausschluss des Rechtsmittelverzichts wird sichergestellt, dass sich die Berechtigten in Ruhe und ohne Druck überlegen können, ob sie Rechtsmittel einlegen wollen oder nicht.“¹²⁰ Bei Rücknahme eines Rechtsmittels besteht eine entsprechende Übereilungsgefahr nicht. Denn während der Rechtsmittelverzicht als *einzelne* Erklärung zumeist sogleich nach Urteilsverkündung erklärt wird, erfolgen Rechtsmitteleinlegung und -rücknahme typischerweise nicht in unmittelbarem zeitlichen Zusammenhang mit der Urteilsverkündung. Zudem bedarf es für die Rücknahmeerklärung als Rücknahme der vorherigen Einlegung einer *zweiten* Erklärung. Zwischen Urteilsverkündung, Einlegung und Rücknahme eines Rechtsmittels liegen somit jeweils zeitliche Abstände, die dem Beschuldigten die notwendige Bedenkzeit geben.¹²¹

Durch eine Analogie würde zudem die Zielrichtung des Gesetzes verkehrt. Zielrichtung des Verzichtsverbots ist es, dem Angeklagten die Entscheidung darüber, ob er gegen das Urteil vorgehen will oder nicht, zu erhalten. Würde man das Verbot auf die Rechtsmittelrücknahme übertragen, würde dies aber bedeuten, dass der Angeklagte an seine Entscheidung, ein Rechtsmittel einzulegen, unumstößlich gebunden wäre. Dass dies auch aus praktischer Sicht nicht überzeugen kann, zeigt sich, wenn man sich

¹¹⁸ BGHSt 10, 245, 247; BGH NStZ-RR 2004, 341; *Meyer-Goßner/Schmitt* § 302 Rn 12; *Pfeiffer* § 302 Rn 6.

¹¹⁹ Vgl. den BRAK-Entwurf, abgedruckt in ZRP 2005, 235, 237.

¹²⁰ BT-Drs 16/13095 S 9 f.

¹²¹ So auch BGH NStZ 2010, 409, 410.

bewusst macht, dass Revision und Berufung gem. §§ 341 I, 314 I StPO binnen einer Woche nach Urteilsverkündung einzulegen sind. Nicht selten liegen die Urteilsgründe aber erst nach Ablauf der Einlegungsfrist vor. Die Verteidigung ist daher oftmals erst nach Ablauf der Einlegungsfrist in der Lage, die Chancen des Rechtsmittels zu prüfen, muss aber gleichzeitig fristwährend agieren. Unter diesen Umständen muss aber die Rücknahme zur Vermeidung weiterer Kosten möglich sein, wenn die Prüfung nur geringe Chancen des Rechtsmittels ergibt.¹²² Es ist kein Grund dafür ersichtlich, hierbei zwischen „normalen“ Urteilen, bei denen die Rücknahme möglich ist (vgl. § 302 I 1 StPO), und solchen, die infolge einer Verständigung ergangen sind, zu differenzieren. § 302 I 2 StPO findet daher keine analoge Anwendung¹²³ auf den Fall der Rechtsmittelrücknahme, so dass diese *generell* auch nach einer Verständigung möglich ist.

b) Auch wenn § 302 I 2 StPO auf den hier zu beurteilenden Fall keine analoge Anwendung findet und daher eine Rechtsmittelrücknahme nach einer Verständigung generell möglich ist, bedeutet dies noch nicht, dass dies auch für *alle Einzelfälle* gelten muss. Denn die Möglichkeit, ein Recht auszuüben, steht stets unter dem Vorbehalt, dass die Ausübung im Einzelfall nicht rechtsmissbräuchlich ist.¹²⁴ Ein Rechtsmissbrauch könnte sich hier daraus ergeben, dass die Rücknahme des Rechtsmittels nicht Ausdruck eingehender Überlegung oder durch dessen Aussichtslosigkeit o.ä. motiviert gewesen sein könnte, sondern vielmehr zweckwidrig dazu eingesetzt worden sein könnte, das Verbot des Rechtsmittelverzichts gem. § 302 I 2 StPO zu umgehen. Denn weil die Rücknahme eines Rechtsmittels zugleich grundsätzlich den Verzicht auf dessen wiederholte Einlegung enthält,¹²⁵ kann das Verbot des Rechtsmittelverzichts faktisch dadurch umgangen werden, dass zunächst ein Rechtsmittel eingelegt wird, um es sodann gleich wieder zurückzunehmen.

Nach Ansicht des BGH¹²⁶ soll die Grenze zur rechtsmissbräuchlichen Umgehung hier aber noch nicht überschritten sein, so dass die Rücknahme der Revision auch noch vor Ablauf der Frist zu seiner Einlegung wirksam erfolgen konnte. Anderes könne nach dem BGH (nur) gelten, „wenn ein Gericht im Zusammenhang mit Verständigungsgesprächen auf den Angeklagten einwirkt, Rechtsmittel allein deshalb einzulegen, um sodann durch Zurücknahme des Rechtsmittels die Rechtskraft herbeizuführen, oder wenn eine solche Vorgehensweise gar Inhalt einer Verständigung wäre.“¹²⁷

Im Schrifttum¹²⁸ ist der Standpunkt des BGH zu Recht überwiegend auf Kritik gestoßen. Denn wenn es für die (Un-)Zulässigkeit eines Rechtsmittelverzichts nicht entscheidend darauf ankommt, ob das Gericht den Angeklagten zum Verzicht gedrängt hat oder er gar Gegenstand der Verständigung war – der Verzicht ist unabhängig davon gem. § 302 I 2 StPO untersagt –, kann es für die Frage der rechtsmissbräuchlichen Umgehung ebenso wenig darauf ankommen.¹²⁹ Anders gesagt: Es steht keine Umgehung der zum Verzicht führenden „Bedrängnissituation“ in Rede, sondern es geht vielmehr um die Umgehung des generell verbotenen Verzichts durch Rechtsmitteleinlegung und -rücknahme. Entscheidend dafür, ob sich Rechtsmitteleinlegung und -rücknahme als Umgehung des Verzichtsverbots darstellen,

¹²² Zutr. *Staudinger* HRRS 2010, 347, 348.

¹²³ Ebenso *Niemöller* StV 2010, 474, 475.

¹²⁴ BGHSt 38, 111, 113 m.w.N.; *Meyer-Goßner/Schmitt* Einl. Rn 111.

¹²⁵ Vgl. Nachweise oben Fn 118.

¹²⁶ BGH NStZ 2010, 409, 410.

¹²⁷ BGH aaO.

¹²⁸ *Jahn* JuS 2010, 742, 743 f.; *Niemöller* StV 2010, 474 f.; *Staudinger* HRRS 2010, 347, 348 f.; *Malek* StraFo 2010, 251 f.; a.A. *von Heintschel-Heinegg* („eine nicht verständliche Entscheidung des Gesetzgebers auf das ‚vernünftige Maß‘ zurückgeführt“) im *beck-blog*: <http://blog.beck.de/2010/05/21/bgh-zuruecknahme-eines-rechtsmittels-im-fall-einer-verstaendigung-eine-sehr-wichtige-hilfestellung-fuer-die-p> [18.6.2019].

¹²⁹ Ähnl *Staudinger* HRRS 2010, 347, 348.

kann deshalb nicht sein, *warum*, sondern nur *dass* sie funktional an die Stelle eines Rechtsmittelverzichts gesetzt werden. Denn das Warum ist dem Gesetz auch im Fall des Rechtsmittelverzichts gleichgültig – der Verzicht ist unabhängig davon untersagt. Entscheidend ist damit, ob Einlegung und Revision durch R funktional an die Stelle eines Rechtsmittelverzichts treten sollten (und damit der Zweck, das Urteil zu Fall zu bringen in das Gegenteil [Herstellung der Rechtskraft] verkehrt werden sollte) oder ob die Revisionseinlegung zunächst tatsächlich den Zweck verfolgen sollte, das Urteil des AG anzugreifen und dieses Vorhaben im Folgenden (nach weiterer Prüfung und Überlegung) lediglich wieder aufgegeben wurde.

Gemessen an diesem Maßstab stellt sich die Rücknahme der Revision durch R hier als Umgehung des Rechtsmittelverzichts dar. Aufgrund der besonderen Kürze der Zeitspanne zwischen Urteilsverkündung, Einlegung und Rücknahme der Revision, kann kaum davon ausgegangen werden, dass die Einlegung der Revision ernsthaft den Zweck hatte, das Urteil des AG anzugreifen. Die Revision wurde noch am Tag der Urteilsverkündung eingelegt und sodann nach weniger als einer Stunde sogleich wieder zurückgenommen. Es ist praktisch nicht denkbar, dass innerhalb so kurzer Zeit nach Urteilsverkündung, eine eingehende Rechtmäßigkeitsprüfung des Urteils stattgefunden hat und diese ergibt, Revision einlegen zu wollen, und sich die Überlegungen sodann nicht mal eine Stunde später derart in die gegenteilige Richtung entwickelt haben, dass sie zur endgültigen Entscheidung der Rücknahme drängen. Das gilt umso mehr, wenn dem Urteil eine Verständigung vorausging, die in einfachen Verfahren nicht notwendig und mit Blick auf § 257c I 1 StPO wohl auch gar nicht zulässig ist. Hinzu kommt, dass sich Einlegung des Rechtsmittels und dessen spätere Rücknahme hier aus Sicht der A nicht als zwei Erklärungen darstellen, zwischen denen durch besonnene Überlegung ein Sinneswandel herbeigeführt wurde. Das weitere Vorgehen wurde sogleich nach der Urteilsverkündung zwischen R und A festgelegt. Die Rücknahme ist daher keine *zweite* Entscheidung der A,¹³⁰ sondern lediglich Fortführung der übereilt getroffenen ersten Entscheidung, der § 302 I 2 StPO gerade die Wirksamkeit nehmen soll. Schließlich kann dagegen auch nicht eingewandt werden, es sei mit der Subjektstellung des Angeklagten nicht vereinbar, dass diesem die Rücknahme eines Rechtsmittels verwehrt sei.¹³¹ Denn auch das Verzichtsverbot nach § 302 I 2 StPO schränkt dessen Autonomie bewusst zu dessen Schutz ein.¹³²

Das Verhalten des R stellt sich daher als rechtsmissbräuchliche Umgehung des Rechtsmittelverzichts gem. § 302 I 2 StPO dar.

– *Eine derart eingehende Erörterung des Problems ist nicht zu verlangen. Erwartet werden kann indes, dass das Problem klar benannt und mit einzelnen der genannten Gesichtspunkte diskutiert wird.* –

c) Fraglich ist damit, welche Rechtsfolgen sich aus dem rechtsmissbräuchlichen Verhalten des R ergeben. In einem obiter dictum deutet der BGH¹³³ an, dass eine Umgehung des § 302 I 2 StPO als Folge die Unwirksamkeit der Rechtsmittelrücknahme nach sich zöge. Dies bedeutete also, dass R zugunsten der A wirksam Revision eingelegt hätte, diese aber nicht wirksam zurückgenommen hätte. Dann wäre A also lediglich zu raten, den Revisionsantrag binnen Monatsfrist zu begründen (s.o.).

– *Das Aufwerfen der Frage nach den Rechtsfolgen des Rechtsmissbrauchs ist (obwohl durch den Ablauf der Rechtsmittelfrist angelegt) nur von besseren Bearb. zu erwarten.* –

¹³⁰ Zutr Niemöller StV 2010, 474; Malek StraFo 2010, 251; Jahn JuS 2010, 742, 743.

¹³¹ So aber BGH NStZ 2010, 409, 410.

¹³² Malek StraFo 2010, 251.

¹³³ BGH NStZ 2010, 409, 410.

Im Schrifttum¹³⁴ wird dagegen überwiegend vertreten, dass in diesen Konstellationen sowohl Einlegung als auch Rücknahme des Rechtsmittels unwirksam sein sollen. Damit läge noch keine wirksame Revisionseinlegung vor und A wäre ggf. zu raten, Revision erst noch einzulegen.

Für den Standpunkt des BGH scheint zunächst zu sprechen, dass es nur die Rücknahme des Rechtsmittels ist, welche den Erfolg – übereilte Aufgabe der Überprüfungsmöglichkeit des Urteils – herbeiführt, um dessen Vermeidung es § 302 I 2 StPO geht. Andererseits ist funktional zunächst die Einlegung des Rechtsmittels erforderlich, um es dann mit der erwünschten Wirkung zurücknehmen zu können. Zur Umgehung des Verbots des Rechtsmittelverzichts sind daher beide Schritte notwendig, so dass dementsprechend auch beide Erklärungen unwirksam sein müssen. Dafür spricht auch der Wille des Rechtsmittel Einlegenden. Ihm geht es ja gerade nicht darum, das Urteil anzufechten. Die Fortführung der Urteilsanfechtung wäre aber das Ergebnis, wenn man nur der Rücknahme, nicht aber bereits auch der Revisionseinlegung ihre Wirksamkeit versagen würde. Folgt man dem, ist weiter zu prüfen:

B. Weiterer Revisionsantrag

Folgt man der Ansicht der überwiegenden Lehre, ist durch R kein wirksamer Revisionsantrag zugunsten der A gestellt worden. Um ihr Ziel, eine rechtliche Überprüfung des Urteils zu erreichen, kann ihr daher zu raten sein, einen weiteren nunmehr wirksamen Revisionsantrag zu stellen. Voraussetzung dafür wäre jedoch, dass dieser auch zulässig wäre. Hier erscheint allein die Einhaltung der Einlegungsfrist problematisch. Diese beträgt gem. § 341 I StPO eine Woche nach Verkündung des Urteils. Inzwischen sind jedoch bereits zehn Tage seit Verkündung vergangen. Ein bloßer Revisionsantrag kann daher nicht ausreichen. Erforderlich ist vielmehr, dass A darüber hinaus einen Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorherigen Stand gem. §§ 44 ff. StPO stellt. Gem. § 45 I StPO ist der Antrag binnen einer Woche nach Wegfall des der Fristwahrung entgegenstehenden Hindernisses bei dem Gericht zu stellen, bei dem die Frist wahrzunehmen war, gem. § 341 I StPO also beim AG. Gem. § 45 II 2 StPO ist innerhalb der Antragsfrist auch die versäumte Handlung nachzuholen, so dass A auch auf die Notwendigkeit der Revisionseinlegung hinzuweisen ist.

Ausschlaggebende Voraussetzung für die Wiedereinsetzung wird aber die Frage sein, ob A ohne Verschulden an der Fristeneinhaltung verhindert war (§ 44 S. 1 StPO). Entscheidend dafür ist die dem Angeklagten mögliche und zumutbare Sorgfalt.¹³⁵ Ob A diese hier gewahrt hat, ist eine Frage der genauen Umstände des Einzelfalls. Bei der Würdigung wird in jedem Fall in Rechnung zu stellen sein, dass ein vorschnelles Handeln der A nach der Wertung des § 302 I 2 StPO für die Verschuldensbegründung außer Betracht bleiben muss. Sie entlastende Umstände, wie das bewusste Hinwirken des Gerichts auf das Vorgehen, die ihr gegenüber den Eindruck erweckten, dazu verpflichtet zu sein, liegen jedenfalls nicht vor.

Letztlich weiß man nie genau, wie das entscheidende Gericht die Sachlage würdigt. Da A gegen das Urteil aber in keinem Fall mehr vorgehen kann, wenn sei untätig bleibt, ist ihr zu raten, die Wiedereinsetzung in den vorherigen Stand zu beantragen und gleichzeitig Revision einzulegen. Zugleich ist sie darauf hinzuweisen, dass die Erfolgsaussichten keinesfalls gewiss sind.

¹³⁴ *Beulke/Swoboda* Rn 395e; *Staudinger* HRRS 2010, 347, 349; *Niemöller* StV 2010, 474, 475.

¹³⁵ *Meyer-Goßner/Schmitt* § 44 Rn 11 m.w.N. .