

Referendarexamensklausur: Money for Nothing

Von Wiss. Mitarbeiter **Jacob Böhringer**, Gießen*

Der Fall wurde als Übungsklausur im Examensklausurenkurs des UniReps am Fachbereich Rechtswissenschaft der Justus-Liebig-Universität Gießen gestellt. Schwerpunkte des Falles sind der Gewahrsamsbegriff, die unechte Wahlfeststellung, der Vermögensschaden bei Betrug bzw. Computerbetrug sowie die Prüfung von Anschlussdelikten.

Sachverhalt

Bei einem abendlichen Spaziergang im Park verliert A seinen Hausschlüssel. Um diesen auf dem dunklen Parkboden wiederfinden zu können, bittet er Passant P, ihm bei der Suche behilflich zu sein, indem er mit der Taschenlampenfunktion seines Handys auf den Boden leuchtet. P kommt dieser Bitte nach.

Als die Suche erfolglos bleibt, bittet A P um das Handy, weil er selbst einmal „leuchten“ wolle. P gibt A daraufhin sein Mobiltelefon. A sucht eine Weile den Parkboden damit ab, kann seinen Hausschlüssel jedoch nicht finden.

Anstatt das Handy nach der Suche zurückzugeben, steckt A dieses in die eigene Tasche. Ob es von Anfang an As Absicht war, das Telefon zu behalten, oder ob er diesen Entschluss erst fasste, nachdem P ihm das Handy übergeben hatte, kann später nicht mehr festgestellt werden.

P stellt A zur Rede und verlangt sein Mobiltelefon zurück, woraufhin A ihm mit deutlichen Worten zu verstehen gibt, dass er dazu nicht bereit sei. Da P nicht locker lässt, versetzt A ihm schließlich mehrere kräftige Faustschläge, bis P bewusstlos zu Boden sinkt.

Da P nun außer Gefecht gesetzt ist, entschließt A sich, diesen auf weitere Wertgegenstände zu durchsuchen. Dabei findet er einzig dessen Portemonnaie, das € 100,- Bargeld und ein blanko unterschriebenes Überweisungsformular enthält. A nimmt das Portemonnaie mitsamt Geld und Überweisungsformular an sich und verlässt den Park. P bleibt ohnmächtig und leicht verletzt zurück.

Um aus seinem Spaziergang noch mehr Kapital zu schlagen, trägt A auf den Überweisungsträger aus Ps Portemonnaie seine Bankverbindung und eine Summe von € 25.000,- ein. Das nun vollständig ausgefüllte Überweisungsformular wirft er anschließend in den Briefkasten der B-Bank, bei der P Kunde ist, ein. Wie erhofft, werden auf As Konto € 25.000,- gutgeschrieben. Ob der Überweisungsträger von einem Mitarbeiter der B Bank oder maschinell bearbeitet wurde, kann später nicht mehr festgestellt werden.

Als P die getätigte Überweisung auf seinem Kontoauszug bemerkt, verlangt er vom zuständigen Mitarbeiter der B-Bank die Rückerstattung des Betrages. Als dieser sich weigert, entgegnet P, die B-Bank sei gesetzlich verpflichtet, im Falle

einer nicht von ihm veranlassten Überweisung den Schaden zu tragen; er wolle notfalls klagen.

Zwischenzeitlich liegen A die € 25.000,- schwer auf dem Gewissen. Er fürchtet, sein Coup werde auffliegen, da die örtliche Lokalzeitung berichtete, die Polizei verfolge eine „heiße Spur“ bei der Fahndung nach dem „Park-Räuber“.

Um das Geld nicht zu verlieren, falls diese „heiße Spur“ zu ihm führen sollte und das gesamte Geschehen sich sodann aufklären würde, kontaktiert er den ihm bekannten B, der in seiner Freizeit mit Ersparnissen an der Börse spekuliert. A schlägt B vor, er werde ihm € 25.000,-, die er von einem „entfernten Onkel“ geerbt habe, zu Spekulationszwecken zur Verfügung stellen. Diese soll B möglichst sicher für ihn anlegen. Falls es B gelinge, mit diesem Geld Gewinne zu erwirtschaften, so könne er diese behalten. A hofft, dass die € 25.000,- in den Depots des B niemandem weiter auffallen und das Geld dort vor Zugriff der Behörden sicher ist.

B glaubt As Geschichte zwar nicht und geht davon aus, dieser habe das Geld durch eine Gaunerei erlangt, doch kann er dem verlockenden Angebot nicht widerstehen und willigt ein. Dabei ist er fest entschlossen, die Herkunft des Geldes sofort zu offenbaren, sollte er in den Fokus von Ermittlungen geraten.

Aufgabe

Hat A sich nach dem StGB strafbar gemacht?

Hinweis

Eventuell erforderliche Strafanträge sind gestellt.

Lösungsvorschlag

A. Erster Handlungskomplex: Im Park

I. § 263 Abs. 1 StGB – Bitten um das Handy

Eine Strafbarkeit wegen Betruges kommt nach dem Grundsatz in dubio pro reo nicht in Betracht, da jedenfalls nicht feststeht, ob A zu dem Zeitpunkt, als er P um das Handy bat, Vorsatz hinsichtlich einer Täuschung Ps hatte.

Hinweis: Unstrittig ist, dass A zumindest beim Einstecken des Handys vorhatte, dieses zu behalten. Da hinsichtlich der früheren Handlung keine eindeutige Feststellung getroffen werden kann, ob A das Handy behalten oder zurückgeben wollte, darf in diesem Zeitpunkt auch kein Vorsatz bzgl. einer Täuschung angenommen werden. Da diese Feststellungen jedoch keine Auswirkung auf die nachfolgende Prüfung des § 242 Abs. 1 StGB hat (dort geht es allein um die von der Täuschung unabhängige Frage des Gewahrsams), handelt es sich bei dieser Konstellation um keinen Fall der sog. Postpendenz.¹

* Der Verf. ist Wiss. Mitarbeiter an der Professur für Deutsches, Europäisches und Internationales Straf- und Strafprozessrecht, Wirtschaftsstrafrecht und Umweltstrafrecht (Prof. Dr. Thomas Rotsch) am Fachbereich Rechtswissenschaft der Justus-Liebig-Universität Gießen.

¹ Siehe allgemein zur Postpendenz Kühl, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2012, § 21 Rn. 68c.

II. §§ 242 Abs. 1 StGB – Einstecken des Handys

A könnte sich wegen Diebstahls gem. § 242 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben, indem er das Handy in seine Tasche steckte.

Hinweis: Falls – wie hier – eine Strafbarkeit wegen des geprüften Delikts nicht in Betracht kommt, kann der Obersatz mit „wegen [...] strafbar“ formuliert werden, weil eine Kollision mit anderen Delikten in jedem Fall ausscheidet. Werden hingegen mehrere Straftatbestände erfüllt, muss die Formulierung „eines/einer [...] schuldig“ gewählt werden, da die Strafbarkeit wegen eines Delikts erst nach Auflösung der Konkurrenzen feststeht. Vgl. *Rotsch*, Strafrechtliche Klausurenlehre, 2013, Rn. 193.

A müsste eine fremde bewegliche Sache weggenommen haben. Das Handy ist eine bewegliche Sache im Sinne des § 90 BGB, das für A fremd ist, da es im Eigentum des P steht.²

Fraglich ist jedoch, ob A dieses weggenommen hat. Wegnahme ist der Bruch fremden und die Begründung neuen Gewahrsams.³ Da P A das Handy gegeben hatte, bevor A dieses in seine Tasche steckte, scheint es zweifelhaft, ob P noch Gewahrsam am Handy hatte und A diesen brechen konnte. Gewahrsam ist das tatsächliche Herrschaftsverhältnis über eine Sache.⁴ Zwar ist das Handy noch in Ps greifbarer Nähe, doch ist es A ohne weiteres möglich – wie auch geschehen – dieses Ps Zugriff zu entziehen.⁵ P ist damit nicht einmal mehr in der Lage, potentiell Sachherrschaft über das Handy auszuüben; ein sog. gelockerter Gewahrsam kommt damit nicht in Betracht.⁶ Bereits als P sein Handy A gab, verlor dieser freiwillig die Herrschaft über die Sache. Somit steckt A das Handy zwar gegen den Willen Ps ein, doch hatte P zu diesem Zeitpunkt bereits keinen Gewahrsam mehr hieran.

Eine Strafbarkeit wegen Diebstahls scheidet somit aus.

III. § 246 Abs. 1, Abs. 2 StGB – Einstecken des Handys

Durch dieselbe Handlung könnte A sich jedoch einer veruntreuenden Unterschlagung gem. § 246 Abs. 1, Abs. 2 StGB schuldig gemacht haben.

1. Tatbestand**a) Grunddelikt**

Hierzu müsste A sich das Handy zunächst zugeeignet haben. Zueignung ist die objektiv erkennbare Manifestation des Zueignungsentschlusses,⁷ wobei man unter Zueignungswillen den Vorsatz versteht, den Eigentümer dauerhaft aus seiner Position zu verdrängen (Enteignung) und die Sache dem eigenen Vermögen einzuverleiben (Aneignung).⁸

Es kann nicht festgestellt werden, ob A diesen Entschluss bereits zu einem früheren Zeitpunkt gefasst hat, aber hierauf kommt es in diesem Zusammenhang nicht an, da er spätestens als er das Handy einsteckte, auch vorhatte, dieses zu behalten.

Hinweis: Ein bereits früher gefasster Zueignungswille ist nach den Grundsätzen der Postpendenz unbeachtlich. Zu einem früheren Zeitpunkt kann der Zueignungswille nicht festgestellt werden, insoweit ist der in dubio pro reo-Grundsatz anzuwenden. Infolgedessen könnte die zweite Zueignung tatbestandslos sein, da umstritten ist, ob eine mehrmalige Zueignung möglich ist (siehe zur Diskussion *Eser/Bosch*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2014, § 246 Rn. 19). Demnach ist die Strafbarkeit zu dem Zeitpunkt, in dem A sicher Zueignungswillen hat, vom Nichtvorliegen einer zeitlich früheren Strafbarkeit abhängig. In diesen Fällen nimmt die h.M. eine Strafbarkeit für den Zeitpunkt an, in dem die Voraussetzungen der Strafbarkeit sicher vorliegen (siehe z.B. BGH, Beschl. v. 11.11.1987 – 2 StR 506/87 = BGHSt 35, 86).

Dieser Zueignungswille muss sich nach außen erkennbar manifestiert haben; dies ist aus der Sicht eines objektiven und mit den Umständen vertrauten Beobachters zu beurteilen.⁹ Durch das Einstecken kommt für jeden erkennbar zum Ausdruck, dass A P dauerhaft enteignen und sich das Handy zumindest vorübergehend aneignen wollte. Die Zueignung war zudem rechtswidrig im Sinne des § 246 Abs. 1 StGB, da A keinen fälligen und einredefreien Anspruch auf Übereignung des Handys hatte.¹⁰

A hat sich das Handy zugeeignet.

b) Qualifizierende Merkmale

A könnte zudem das Qualifikationsmerkmal des § 246 Abs. 2 StGB erfüllt haben, falls ihm das Handy anvertraut war. Anvertraut ist eine Sache dann, wenn dem Täter die Sachherr-

² Vgl. *Eser/Bosch*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Aufl. 2014, § 242 Rn. 12.

³ Exemplarisch BGH, Urt. v. 26.6.2008 – 3 StR 182/08 = NStZ 2008, 624 (625); *Eser/Bosch* (Fn. 2), § 242 Rn. 22; kritisch *Rotsch*, GA 2008, 65.

⁴ Vgl. BGH, Beschl. v. 6.10.1961 – 2 StR 289/61 = BGHSt 16, 271 (273).

⁵ Vgl. AG Tiergarten, Urt. v. 16.10.2008 – (257) 52 Js 4301/08 Ls (16/08) = NStZ 2009, 270.

⁶ Siehe *Vogel*, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 8, 12. Aufl. 2010, § 242 Rn. 64 m.w.N.

⁷ So schon RG, Urt. v. 9.2.1931 – II 27/31 = RGSt 65, 145 (147); vgl. *Kudlich*, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2014, § 246 Rn. 10.

⁸ Siehe *Hohmann*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 2. Aufl. 2012, § 246 Rn. 15.

⁹ *Küper/Zopfs*, Strafrecht, Besonderer Teil, 9. Aufl. 2015, Rn. 824 m.w.N.

¹⁰ Vgl. *Eser/Bosch* (Fn. 2), § 246 Rn. 22 i.V.m. § 242 Rn. 59.

schaft vom Eigentümer in dem Vertrauen eingeräumt wird, dass dieser die Herrschaft nur im Sinne des Eigentümers zu einem bestimmten Zweck ausübt.¹¹ A war die Sachherrschaft am Handy von P nur dazu überlassen, um den Parkboden zu beleuchten und er sollte das Handy anschließend zurückgeben. Das Handy war A somit anvertraut.

Zum Teil wird unter Hinweis auf die identische Strafdrohung des § 246 Abs. 2 StGB und § 266 Abs. 1 StGB vertreten, dass eine Sache nur dann im Sinne des § 246 Abs. 2 StGB anvertraut ist, wenn dem Täter der Gewahrsam an der Sache ohne Nutzungsbefugnis eingeräumt wurde.¹² Da P A das Handy gerade zum Gebrauch überließ, wäre das Handy nach dieser Ansicht nicht anvertraut.

Dies kann jedoch nicht überzeugen: Zum einen sind § 266 Abs. 1 StGB und § 246 Abs. 2 StGB schon nicht vergleichbar. Zutreffend führt *Vogel* aus, es sei nicht zu beanstanden, dass der Gesetzgeber dem unbestimmteren Rechtsgut Vermögen durch § 266 Abs. 1 StGB nur unter strengeren Voraussetzungen Schutz gewähre als dem Eigentum durch § 246 Abs. 2 StGB.¹³ Darüber hinaus liegt der besondere Grund der Strafschärfung des § 246 Abs. 2 StGB im Vertrauensbruch gegenüber dem Eigentümer;¹⁴ für einen Vertrauensbruch ist die Nutzungsbefugnis jedoch irrelevant – im Gegenteil erscheint der Eigentümer, der seine Sache zur Nutzung überlässt, besonders schutzwürdig.¹⁵

A hat das Qualifikationsmerkmal des § 246 Abs. 2 StGB demnach erfüllt.

c) Subjektiver Tatbestand

A handelte vorsätzlich.

2. Rechtswidrigkeit und Schuld

A handelte rechtswidrig und schuldhaft.

3. Ergebnis

A hat sich einer veruntreuenden Unterschlagung gem. § 246 Abs. 1, Abs. 2 StGB schuldig gemacht.

IV. §§ 223 Abs. 1 StGB – Faustschläge

A könnte sich einer Körperverletzung gem. § 223 Abs. 1 StGB schuldig gemacht haben, indem er P mit mehreren Faustschlägen niederstreckte.

1. Tatbestand

a) Objektiver Tatbestand

Dies setzt voraus, dass A P körperlich misshandelt oder an der Gesundheit geschädigt hat. Mit den Faustschlägen hat A

das körperliche Wohlbefinden Ps mehr als nur unerheblich beeinträchtigt und diesen somit körperlich misshandelt.¹⁶

Darüber hinaus könnte A auch Ps Gesundheit geschädigt haben. Eine Gesundheitsschädigung ist „jedes Hervorrufen oder Steigern eines vom Normalzustand der körperlichen Funktion des Opfers nachteilig abweichenden Zustandes.“¹⁷ Die Faustschläge zogen eine Ohnmacht nach sich. Dies ist ein negatives Abweichen vom körperlichen Normalzustand. A hat P auch an der Gesundheit geschädigt.

b) Subjektiver Tatbestand

A handelte vorsätzlich.

2. Rechtswidrigkeit und Schuld

A handelte rechtswidrig und schuldhaft.

3. Ergebnis

A hat sich einer Körperverletzung gem. § 223 Abs. 1 StGB schuldig gemacht.

V. §§ 224 Abs. 1 Nr. 5, 223 Abs. 1 StGB – Faustschläge

Durch dieselbe Handlung könnte A sich wegen gefährlicher Körperverletzung gem. §§ 224 Abs. 1 Nr. 5, 223 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben.

Dies ist der Fall, falls die Faustschläge eine das Leben gefährdende Behandlung gewesen sind und somit das qualifizierende Merkmal des § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB erfüllt haben. Die Faustschläge waren dann eine das Leben gefährdende Behandlung, wenn diese nach den konkreten Umständen geeignet waren, das Leben des P in Gefahr zu bringen.¹⁸ An dieser Stelle kann offen bleiben, ob es hierzu einer konkreten Lebensgefahr bedarf oder ob es ausreichend ist, dass die konkrete Handlung generell dazu geeignet war, das Opfer in Lebensgefahr zu bringen,¹⁹ da Faustschläge grundsätzlich erst ab einer gewissen Schwere überhaupt abstrakt lebensgefährlich werden können, wofür es vorliegend keine Anhaltspunkte gibt.²⁰

A hat sich nicht wegen einer gefährlichen Körperverletzung gem. § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB strafbar gemacht.

VI. § 240 Abs. 1 StGB – Faustschläge

Zudem könnte A sich durch dieselbe Handlung einer Nötigung gemäß § 240 Abs. 1 StGB schuldig gemacht haben.

¹¹ Siehe *Küper/Zopfs* (Fn. 9), Rn. 42.

¹² So *Hoyer*, in: *Wolter* (Hrsg.), *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 147. Lfg. Stand: Januar 2015 § 246 Rn. 45 f.; ebenso *Hohmann* (Fn. 8), § 246 Rn. 54.

¹³ *Vogel* (Fn. 6), § 246 Rn. 62.

¹⁴ So auch *Hoyer* (Fn. 12), § 246 Rn. 47.

¹⁵ So zutreffend *Vogel* (Fn. 6), § 246 Rn. 62.

¹⁶ Zum Gegenstand der körperlichen Misshandlung vgl. *Eser*, in: *Schönke/Schröder* (Fn. 2), § 223 Rn. 3.

¹⁷ So exemplarisch BGH, Urt. v. 4.11.1988 – 1 StR 262/88 = BGHSt 36, 1 (6).

¹⁸ Vgl. *Küper/Zopfs* (Fn. 9), Rn. 99.

¹⁹ Vgl. zum Streitstand *Küper/Zopfs* (Fn. 9), Rn. 101 ff.

²⁰ So in einem ähnlichen Fall BGH, Urt. v. 7.3.1990 – 2 StR 615/89 = NJW 1990, 3156 f.

1. Tatbestand

a) Nötigungserfolg

Wegen der Faustschläge und der daraus resultierenden Bewusstlosigkeit war P nicht mehr in der Lage, A daran zu hindern, Ps Handy mitzunehmen.

b) Mittels Gewalt

Dazu könnte A P mittels Gewalt genötigt haben. Gewalt ist physisch vermittelter Zwang zur Überwindung eines geleisteten oder erwartenden Widerstandes.²¹ Als Schläge sind Kraftaufwendungen, die auf Ps Körper wirken und diesen zwingen, von A abzulassen. Es handelt sich hierbei nicht nur um willensbeugende (sog. vis compulsiva), sondern sogar um willensbrechende Gewalt (sog. vis absoluta).²² Auch besteht zwischen Nötigungsmittel und Nötigungserfolg der notwendige nötigungsspezifische Zusammenhang, da sich gerade die willensbeugende Kraft niedergeschlagen hat, als P aufgab, sein Handy zurück zu verlangen.²³

2. Rechtswidrigkeit und Schuld

Rechtfertigungsgründe sind nicht ersichtlich.

Hinweis: Allgemeine Rechtfertigungsgründe sind vorrangig zu prüfen, denn falls das tatbestandliche Verhalten gerechtfertigt ist, so kann dieses nicht verwerflich im Sinne des § 240 Abs. 2 StGB sein.

Die Anwendung der Gewalt müsste darüber hinaus verwerflich gewesen sein. Sowohl die Gewaltanwendung für sich – als strafbare Körperverletzung – wie auch das Verhältnis der Gewalt zum Nötigungszweck, der darin bestand, das auf rechtswidrige Weise erlangte Handy zu sichern, sind verwerflich.²⁴

A handelte zudem schuldhaft.

3. Ergebnis

A machte sich einer Nötigung gem. § 240 Abs. 1 StGB schuldig.

VII. §§ 253 Abs. 1, 255 StGB – Faustschläge

Darüber hinaus könnte A sich durch die Faustschläge wegen räuberischer Erpressung gem. §§ 253 Abs. 1, 255 StGB strafbar gemacht haben.

Hinweis: Die räuberische Erpressung wird – obwohl sie das schwerere Delikt ist – hier nach Nötigung und Körperverletzung geprüft. Dies ist ausnahmsweise zulässig, da eine Strafbarkeit wegen räuberischer Erpressung im Ergebnis abgelehnt wird. Für dieses Vorgehen spricht zu-

dem, dass die die Prüfung „entzerrt“ wird und dadurch direkt auf das eigentliche Problem – die Vermögensschädigung – eingegangen werden kann.

1. Tatbestand

Hierzu müsste die von A mittels Gewalt begangene Nötigung des P dessen Vermögen geschädigt haben (§ 253 Abs. 1 StGB). Eine räuberische Erpressung erfordert des Weiteren den Einsatz eines qualifizierten Nötigungsmittels, im Falle einer Gewaltanwendung muss diese gegen eine Person gerichtet gewesen sein (§ 255 StGB).

a) Grundtatbestand und qualifiziertes Nötigungsmittel

A hat P mittels Gewalt dazu genötigt, A samt Handy entgegen zu lassen. Die Faustschläge waren gegen P und somit gegen eine Person gerichtet.²⁵ A hat gegen P ein qualifiziertes Nötigungsmittel verwendet.

b) Vermögensschaden

Fraglich ist jedoch, ob dadurch Ps Vermögen ein Nachteil zugefügt wurde, da A – wie gezeigt – zu diesem Zeitpunkt bereits Gewahrsam an Ps Handy hatte.

Das Vermögen erleidet dann einen Nachteil, wenn es nach der Tat geringer ist als zuvor.²⁶ Nun ließe sich anführen, Ps Vermögen sei bereits beeinträchtigt, da er den Gewahrsam am Handy verloren hatte und die Faustschläge hierfür mithin nicht kausal sein konnten. Andererseits hatte P bis A ihn niederschlug noch die Möglichkeit, sein Handy von diesem zurückzuerlangen. Diese Chance machte A ihm zunichte. Entscheidend ist also, ob diese Chance zu Ps geschütztem Vermögen gehört. Zum Vermögen gehört die Gesamtheit aller Positionen mit wirtschaftlichem Wert.²⁷

Ganz gleich ob ein rein ökonomischer²⁸ oder ein juristisch-ökonomischer Vermögensbegriff²⁹ der Untersuchung zugrunde gelegt wird, stellt sich die Frage, ob in den Fällen einer sog. „Sicherungserpressung“³⁰ das bereits beeinträchtigte Vermögen noch weiter beeinträchtigt werden kann – bspw. durch die Erschwerung der Geltendmachung des Herausgabeanspruchs oder die Beeinträchtigung des Notwehrrechts.³¹

Im Sinne einer Vermögensbeeinträchtigung argumentiert *Schröder*: Unter kaufmännischen Aspekten könne die Ver-

²⁵ Vgl. zu den Voraussetzungen allgemein *Eser/Bosch* (Fn. 2), § 255 Rn. 2 i.V.m. § 249 Rn. 4.

²⁶ Vgl. *Fischer* (Fn. 21), § 253 Rn. 12 i.V.m. § 263 Rn. 71; *Küper/Zopfs* (Fn. 9), Rn. 626; jeweils m.w.N.

²⁷ Vgl. zur Definition allgemein *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 17. Aufl. 2015, § 13 Rn. 117 ff.; *Küper/Zopfs* (Fn. 9), Rn. 607 ff.; jeweils m.w.N.

²⁸ So bspw. *Heghmanns*, Strafrecht für alle Semester, Besonderer Teil, 2009, Rn. 1229 f.

²⁹ Exemplarisch *Tiedemann*, in: *Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann* (Hrsg.), Strafrecht, Leipziger Kommentar, Bd. 9/1, 12. Aufl. 2012, § 263 Rn. 132 m.w.N.

³⁰ Zum Begriff siehe *Grabow*, NSTZ 2014, 121; *Sander*, in: *Joecks/Miebach* (Fn. 8), § 253 Rn. 27 f.

³¹ Vgl. *Grabow*, NSTZ 2014, 121 (122 f.).

²¹ *Fischer*, Strafrecht, 62. Aufl. 2015, § 240 Rn. 8.

²² Vgl. *Fischer* (Fn. 21), § 240 Rn. 9.

²³ Siehe *Eser/Eisele*, in: *Schönke/Schröder* (Fn. 2), § 240 Rn. 14.

²⁴ Vgl. *Sinn*, in: *Joecks/Miebach* (Fn. 8), § 240 Rn. 129 f.

hinderung von Ausgleichsmöglichkeiten durchaus ein Schaden sein, da dieser hierdurch vertieft werde.³² Weil in Fällen der Sicherungserpressung oder des Sicherungsbetruges die Vermögensposition der Vortat betroffen sei, werde die Sicherungstat meist von der Vortat konsumiert.³³ Unter diesen Prämissen kann auch As Nötigung als weitere Vertiefung des von P erlittenen Gewahrsamsverlustes gesehen werden.

Überzeugen kann dies freilich nicht: Zum einen würde eine derart ausgelegte räuberische Erpressung erst recht auch alle Fälle des § 252 StGB umfassen und diesen als spezielle Regelung überflüssig machen. Noch schwerer wiegt freilich, dass das dort vorhandene Strafbarkeitsbegrenzende Element – die Beschränkung auf eine Sicherung zu eigenen Gunsten – umgangen würde.³⁴ Zum anderen kann dem dem Opfer erhalten gebliebenen „Minimum realer Einflussmöglichkeit“ kein wirtschaftlicher Wert zugesprochen werden, ein solcher kommt allenfalls dann in Betracht, falls die Wiedererlangungschance tatsächlich wahrscheinlich ist.³⁵ Insgesamt ist die Wiedererlangungsmöglichkeit des Besitzes bereits bei der Frage, wer Gewahrsam an der Sache hat, unbeachtlich und es ist nicht einzusehen, weshalb das Opfer einerseits zunächst den Gewahrsam vollkommen eingebüßt haben soll, aber andererseits eine weitere Vertiefung des Schadens für möglich gehalten wird.³⁶

P erlitt durch As Faustschläge demnach keinen Vermögensnachteil.³⁷

2. Ergebnis

A ist nicht wegen räuberischer Erpressung gem. §§ 253 Abs. 1, 255 StGB strafbar.

VIII. § 242 Abs. 1 StGB – Mitnahme des Portemonnaies, des Geldes und des Überweisungsformulars

A könnte sich eines Diebstahls gem. § 242 Abs. 1 StGB schuldig gemacht haben, indem er den Inhalt von Ps Taschen an sich nahm.

1. Tatbestand

A hat Ps Portemonnaie, Geld und Überweisungsformular – also fremde bewegliche Sachen – weggenommen. Dies tat er vorsätzlich und mit Zueignungsabsicht.

2. Rechtswidrigkeit und Schuld

Auch handelte er rechtswidrig und schuldhaft.

3. Ergebnis

A hat sich des Diebstahls schuldig gemacht.

IX. §§ 249 Abs. 1, 13 Abs. 1 StGB – Mitnahme des Portemonnaies, des Geldes und des Überweisungsformulars

A könnte sich wegen eines Raubes gem. §§ 249 Abs. 1, 13 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben, indem er den bewussten P bestahl.

A müsste Ps Portemonnaie, Geld und Überweisungsformular mit Gewalt gegen eine Person weggenommen haben. A hat diese weggenommen, allerdings ist fraglich, ob mittels Gewalt.

Zum Teil wird angeführt, das Nichtbeenden bereits bestehender Wirkung von Gewalt könne keine Gewaltanwendung durch Unterlassen sein, da dies nicht mit dem Gewaltbegriff zu vereinbaren sei.³⁸ Dem wird entgegengehalten, es sei gerade die Funktion des § 13 Abs. 1 StGB derartige „Wortlautlücken“ zu füllen und Gewalt erschöpfe sich gerade nicht in einem Verhalten sondern habe auch stets die Zwangswirkung zur Folge.³⁹

In diesem Fall kommt es hierauf freilich nicht an. Selbst falls man von Gewalt durch Unterlassen ausginge, fehlt es an einem finalen Zusammenhang. A hätte auch ohne die Wegnahme nicht in Betracht gezogen, die Konsequenzen der vorausgegangenen Gewaltanwendung zu mildern oder diese zu beenden. Die mögliche Unterlassung kann somit keine Folge des Entschlusses zur Wegnahme sein.⁴⁰

A hat sich nicht wegen Raubes gem. §§ 249 Abs. 1, 13 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

X. §§ 242 Abs. 1, 243 Abs. 1 S. 1 Nr. 6 StGB

Durch dieselbe Handlung könnte A jedoch einen besonders schweren Fall des Diebstahls gem. §§ 242 Abs. 1, 243 Abs. 1 S. 1 Nr. 6 StGB begangen haben. Auf einen besonders schweren Fall kann erkannt werden, falls P hilflos war und A dies zur Wegnahme ausnutzte. P war hilflos, da er sich in einer Situation befand, in der er die in seinem Gewahrsam befindlichen Sachen nicht wie üblich schützen konnte.⁴¹ Dass A für die Situation Ps verantwortlich war, ist unerheblich.⁴² A wusste um Ps Hilflosigkeit und nutzte diese aus.

A hat das Regelbeispiel des § 243 Abs. 1 S. 1 Nr. 6 StGB erfüllt und somit kann auf einen besonders schweren Fall des Diebstahls erkannt werden.

XI. § 274 Abs. 1 Nr. 1 StGB – Mitnahme des Überweisungsformulars

A könnte sich durch das Einstecken des Überweisungsformulars zudem wegen Urkundenunterdrückung gem. § 274 Abs. 1 Nr. 1 StGB strafbar gemacht haben.

³² Schröder, MDR 1950, 398.

³³ Schröder, MDR 1950, 398 (401).

³⁴ So auch Seier, NJW 1981, 2152 (2155).

³⁵ Seier, NJW 1981, 2152 (2156).

³⁶ Seier, NJW 1981, 2152 (2156 f.); so auch Sander (Fn. 30), § 253 Rn. 27 f. und jüngst die Rechtsprechung, vgl. BGH, Beschl. v. 26.5.2011 – 3 StR 318/10 = NStZ 2012, 95.

³⁷ So in einem ähnlichen Fall auch das AG Tiergarten, Urt. v. 16.10.2008 – (257) 52 Js 4301/08 Ls (16/08) = NStZ 2009, 270 (271).

³⁸ I.d.S. bspw. Sinn, in: Wolter (Fn. 12), § 249 Rn. 14.

³⁹ Vogel (Fn. 6), § 249 Rn. 25; Rotsch, Strafrechtliche Klausurenlehre, 2013, Rn. 730.

⁴⁰ So treffend Walter, NStZ 2005, 240 (243).

⁴¹ Vgl. Schmitz, in: Joecks/Miebach (Fn. 8), § 243 Rn. 51 m.w.N.

⁴² Siehe Eser/Bosch (Fn. 2), § 242 Rn. 40.

1. Tatbestand

Hierzu müsste es sich bei dem Überweisungsformular um eine Urkunde handeln, die A in der Absicht unterdrückt hat, P zu schaden.

Urkunden sind verkörperte Gedankenerklärungen, die ihren Aussteller erkennen lassen und zum Beweis im Rechtsverkehr geeignet und bestimmt sind.⁴³ Das Überweisungsformular lässt seinen Aussteller erkennen und wäre auch grundsätzlich zum Beweis im Rechtsverkehr geeignet, wenn das nur blanko unterschriebene Überweisungsformular bereits eine Gedankenerklärung enthielte und somit schon zum Beweis bestimmt war.

Eine Erklärung fixiert einen Gedankeninhalt derart, dass dieser von anderen zur Kenntnis genommen werden kann.⁴⁴ Und zudem muss der derart fixierte Gedankeninhalt gerade zum Beweis bestimmt sein.⁴⁵

Einem blanko unterschriebenen Überweisungsformular fehlt jedoch gerade dieser für den Rechtsverkehr vorgesehene Gedankeninhalt. Es handelt sich vielmehr um den Entwurf einer Urkunde, der selbst noch keine Urkundeneigenschaft hat.⁴⁶

2. Ergebnis

Da es sich bei dem Überweisungsträger schon nicht um eine Urkunde handelt, hat A sich nicht wegen Urkundenunterdrückung strafbar gemacht.

B. Zweiter Handlungskomplex: Die Überweisung**I. § 267 Abs. 1 StGB – Ausfüllen und Einwurf des Formulars**

A könnte sich einer Urkundenfälschung gem. § 267 Abs. 1 StGB schuldig gemacht haben, indem er das Überweisungsformular mit seinen Daten ausfüllte und bei der B-Bank einwarf.

1. Tatbestand

Dazu müsste A eine unechte Urkunde hergestellt haben (Var. 1), die er anschließend gebrauchte (Var. 3).

a) Herstellung einer unechten Urkunde

Fehlte es bei dem blanko unterschriebenen Formular noch an einer verkörperten Gedankenerklärung und der Beweisbe-

stimmung, so änderte sich dies mit den von A eingetragenen Angaben.⁴⁷

Die Urkunde müsste zudem unecht sein. Unecht ist eine Urkunde dann, wenn der tatsächliche und der in der Urkunde bezeichnete Urheber der Gedankenerklärung nicht identisch sind.⁴⁸ Die nun in der Urkunde verwirklichte Gedankenerklärung – nämlich der Wunsch, A Geld zu überweisen – befand sich in dem ursprünglichen Dokument noch nicht, sondern wurde erst durch A eingefügt. Urheber der Gedankenerklärung ist demnach A und nicht P, wie auf der Urkunde angegeben. Das Überweisungsformular ist eine unechte Urkunde.

Diese müsste A hergestellt haben. Herstellen einer falschen Urkunde ist jedes beliebige Verhalten, aus dem eine unechte Urkunde resultiert.⁴⁹ A gibt dem bisherigen Entwurf Inhalt und macht diesen damit zur Urkunde.

b) Gebrauchen der unechten Urkunde

Dies ist der Fall, falls er von der unechten Urkunde nach der Herstellung Gebrauch machte. A hat die Urkunde dann gebraucht, wenn er diese den Täuschungsadressaten derart zugänglich macht, dass diese vom Inhalt der Urkunde Kenntnis nehmen können.⁵⁰

Das Überweisungsformular gelangte durch den Einwurf in die Sphäre der B-Bank und die Gedankenerklärung der Urkunde wurde somit für die Mitarbeiter potentiell einsehbar.

c) Vorsatz

Dies tat A vorsätzlich und zur Täuschung im Rechtsverkehr.

d) Verhältnis von Var. 1 zu Var. 3 und Zwischenergebnis

Wie sich das Herstellen der Urkunde (gem. Var. 1) zu deren Gebrauch (gem. Var. 3) verhält, ist umstritten. Zumindest besteht Einigkeit, die beiden Handlungen dann zu einer einheitlichen Tat nach Var. 3 zusammenzufassen, wenn – wie hier – Fälschen und Gebrauchen auf einem einheitlichen Entschluss beruhen.⁵¹

2. Rechtswidrigkeit und Schuld

Rechtfertigungs- oder Entschuldigungsgründe kommen nicht in Betracht.

⁴³ So die ständige Rspr. bspw. RGSt 42, 97 (98); BGHSt 24, 140 (141); jeweils m.w.N. zur Rechtsprechung. Vgl. auch Zieschang, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 9/2, 12. Aufl. 2009, § 267 Rn. 4; Heine/Schuster, in: Schönke/Schröder (Fn. 2), § 267 Rn. 2 ff.

⁴⁴ Zieschang (Fn. 43), § 267 Rn. 12.

⁴⁵ Exemplarisch Heine/Schuster (Fn. 43), § 267 Rn. 14 m.w.N.

⁴⁶ Vgl. Zieschang (Fn. 43), § 267 Rn. 140; Küper/Zöpf (Fn. 9), Rn. 529.

⁴⁷ Zur Herstellung einer unechten Urkunde aus einem Urkundenentwurf siehe Maurach/Schröder/Maiwald, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 10. Aufl. 2012, § 65 Rn. 60 f.

⁴⁸ Exemplarisch Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 16. Aufl. 2015, § 33 Rn. 5.

⁴⁹ Vgl. Erb, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 5, 2. Aufl. 2014, § 267 Rn. 177 m.w.N.

⁵⁰ Siehe Erb (Fn. 49), § 267 Fn. 195.

⁵¹ Vgl. Maurach/Schröder/Maiwald (Fn. 47), § 65 Rn. 79; Puppe, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 3, 4. Aufl. 2013, § 267 Rn. 108 m.w.N.; Heine/Schuster (Fn. 43), § 267 Rn. 99; Erb (Fn. 49), § 267 Rn. 217.

3. Ergebnis

A hat sich einer Urkundenfälschung gem. § 267 Abs. 1 Var. 3 StGB schuldig gemacht.

II. Echte Wahlfeststellung: § 263 Abs. 1 StGB oder § 263a Abs. 1 StGB – Einwurf des Formulars

Durch den Einwurf des Überweisungsformulars könnte A sich eines Betruges gem. § 263 Abs. 1 StGB oder eines Computerbetruges gem. § 263a Abs. 1 StGB schuldig gemacht haben. Welcher von beiden Tatbeständen einschlägig ist, hängt maßgeblich davon ab, wie das Überweisungsformular bearbeitet wurde.

Hinweis: Die Darstellung der echten Wahlfeststellung gehört nicht zu den gängigen Problemen in Klausuren des ersten Examens. Deren Legalität und Legitimität sind zudem umstritten und beschäftigen derzeit die höchstgerichtliche Rechtsprechung (siehe: BGH, Beschl. v. 28.1.2014 – 2 StR 495/12 = NStZ 2014, 392 m. Anm. Wagner, ZJS 2014, 436). Auch wenn es sich hierbei um keinen „Klassiker“ strafrechtlicher Klausuren im ersten Examen handelt, sollte die Relevanz der Thematik – besonders wegen des aktuellen Hintergrundes – nicht unterschätzt werden (zur Fallbearbeitung siehe Norouzi, JuS 2008, 17 und 113).

Es empfiehlt sich folgender Aufbau: Zunächst wird das Problem herausgearbeitet, das die Sachverhaltsunklarheit mit sich bringt. In einem zweiten Schritt werden die Sachverhaltsalternativen jeweils vollständig auf strafbares Verhalten hin unter der Prämisse geprüft, die Sachverhaltsvariante trafe zu. Abschließend wird erörtert, ob in diesem Fall die Grundsätze der echten Wahlfeststellung Anwendung finden und ob die unechte Wahlfeststellung verfassungsrechtlich zulässig ist.

Kommt es zu einem Schuldspruch aufgrund wahldeutiger Verurteilung, so muss dies sich aus dem Tenor ergeben. Das Gericht spricht den Angeklagten demnach – um beim vorliegenden Fall zu bleiben – wegen Betruges oder Computerbetruges schuldig. Da nur dies das Ergebnis einer Prüfung sein kann, die die unechte Wahlfeststellung zum Gegenstand hat, wurde vorliegend bereits ein entsprechender Obersatz gewählt.

1. Auswirkungen der Sachverhaltsunklarheit

Wurde das Überweisungsformular durch einen Mitarbeiter bearbeitet (Sachverhaltsalternative 1), kommt ein Betrug in Betracht, jedoch kein Computerbetrug, da auf einen Menschen und somit auf keinen Datenverarbeitungsvorgang eingewirkt wurde.

Kam es zu einer maschinellen Bearbeitung des Überweisungsformulars (Sachverhaltsalternative 2), könnte A zwar einen Computerbetrug, jedoch mangels Täuschung eines Menschen keinen Betrug begangen haben.

Welche Alternative zutrifft ist unbekannt; insoweit kann A weder wegen Betruges gem. § 263 Abs. 1 StGB noch wegen Computerbetruges gem. § 263a Abs. 1 StGB verurteilt werden, da in dubio pro reo einmal angenommen werden

müsse, er habe nicht getäuscht und im anderen Fall er habe keinen Datenverarbeitungsvorgang beeinflusst.⁵²

Möglicherweise kommt jedoch eine wahldeutige Verurteilung nach den Grundsätzen der echten Wahlfeststellung in Betracht.

Eine wahldeutige Verurteilung setzt voraus, dass zwei sich gegenseitig ausschließende Sachverhaltsalternativen jeweils eine andere Strafbarkeit nach sich ziehen.⁵³

Hinweis: Diese Feststellung ist offensichtlich und kann daher bereits an dieser Stelle getroffen werden.

2. Sachverhaltsalternative 1: Formular wird durch einen Mitarbeiter bearbeitet

Unterstellt das Überweisungsformular wurde von einem Mitarbeiter der B-Bank bearbeitet, könnte A sich eines Betruges gem. § 263 Abs. 1 StGB schuldig gemacht haben, indem er das Überweisungsformular bei der B-Bank einwarf.

a) Objektiver Tatbestand

aa) Zunächst müsste A über Tatsachen getäuscht haben. Das von A eingeworfene Überweisungsformular enthält den Auftrag, P möchte Geld an A überweisen. Da dies nicht der Wahrheit entspricht, hat A ausdrücklich über eine Tatsache getäuscht.

bb) Durch die Täuschung müsste bei dem Mitarbeiter, der den Überweisungsträger bearbeitete, ein Irrtum entstanden sein. Da die Überweisung erfolgte, ging der zuständige Mitarbeiter davon aus, P habe die Überweisung angewiesen und irrte sich diesbezüglich.

cc) Aufgrund der Täuschung müsste der Bankmitarbeiter über Vermögen verfügt haben. Vermögensverfügung ist jedes Verhalten des Getäuschten, das sich unmittelbar vermögensmindernd auswirkt.⁵⁴ Aufgrund der Täuschung wurde eine Überweisung veranlasst, die zunächst einmal das Vermögen der Bank schmälerte. Dass der getäuschte Mitarbeiter u.U. die Überweisung nicht selbst tätigte, ist unerheblich, da er zumindest die Entscheidung über die Leistungserbringung traf.⁵⁵

dd) Durch die Vermögensverfügung müsste ein Vermögensschaden entstanden sein. Ein Vermögen ist dann geschädigt, wenn dessen Gesamtwert durch die Verfügung vermindert ist.⁵⁶

Hinweis: Wer bei Vermögensdelikten in Zusammenhang mit Bankgeschäften einen Schaden erleidet, ist mitunter kompliziert darzulegen. Dies ist den zugrunde liegenden Bank- und Kontoverträgen geschuldet. Ein rudimentäres

⁵² Vgl. Wagner, ZJS 2014, 436 m.w.N.

⁵³ Siehe Kühl (Fn. 1), § 21 Rn. 68d.

⁵⁴ Exemplarisch BGHSt 14, 170, (171 f.); vgl. auch Kindhäuser, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Fn. 51), § 263 Rn. 197 m.w.N. aus der Literatur.

⁵⁵ Vgl. Kühl, in: Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Aufl. 2014, § 263 Rn. 25 m.w.N.

⁵⁶ Siehe Tiedemann (Fn. 29), § 263 Rn. 126 m.w.N.

Verständnis der Materie ist daher auch für die strafrechtliche Klausur unerlässlich. Siehe hierzu: *Fest*, JuS 2009, 798, und zur Darstellung im Fall *Rotsch*, Strafrechtliche Klausurenlehre, 2013, Rn. 1463 ff.

Die Vermögensverfügung könnte auf zwei Arten ein Vermögen gemindert haben: Zum einen könnte P einen Schaden erlitten haben, falls die Überweisung der B-Bank an A dazu führte, dass seine Forderung gegenüber der B-Bank – also sein Kontoguthaben – in Höhe der überwiesenen Summe geschmälert wurde. Zum anderen könnte auch die B-Bank den Schaden zu tragen haben, falls die Gutschrift an A nicht zu einem Erlöschen der Verbindlichkeit gegenüber P führte. In diesem Fall bleibt die B-Bank „auf den Kosten sitzen“.

Die Überweisung stelle sowohl für das Vermögen des P wie auch der B-Bank einen Schaden dar, sofern das jeweilige Vermögen betroffen ist. Wessen Vermögen geschmälert wurde, regeln die Vorschriften des Zivilrechts: Gemäß § 675u BGB hat der Zahlungsdienstleister – die B-Bank – gegen den Zahler – d.h. den Kontoinhaber, also P – im Falle eines nicht autorisierten Zahlungsvorgangs keinen Anspruch auf Erstattung seiner Aufwendungen.

Autorisiert ist eine Zahlung dann nicht, wenn in diese weder eingewilligt noch diese nachträglich genehmigt wurde.⁵⁷ In die durchgeführte Überweisung hat P nicht eingewilligt und diese auch genehmigt. Die Überweisung erfolgte somit unautorisiert.⁵⁸

Etwas anderes könnte gelten, falls P durch den blanko unterschriebenen Überweisungsträger eine Anscheinsvollmacht gesetzt hat und er nun diesen Rechtsschein gegen sich gelten lassen muss.⁵⁹ Eine Anscheinsvollmacht liegt dann vor, wenn der Vertretene das Auftreten des anderen zwar nicht kennt, es aber bei pflichtgemäßer Sorgfalt hätte kennen und verhindern können und infolgedessen der Schein entsteht, der Vertretene kenne und dulde dieses Auftreten.⁶⁰ Zwar ließe sich anführen, P habe durch das blanko unterschriebene Formular sorgfaltswidrig die Möglichkeit geschaffen, dass der Rechtsschein eines ordnungsgemäßen Überweisungsauftrages entstand, doch kommt eine Anscheinsvollmacht nicht in Frage, da A nicht als Ps Vertreter, sondern als dieser selbst auftrat. A handelte damit nicht im, sondern unter Ps Namen.

Auch unter diesem Gesichtspunkt kommt daher keine Autorisierung in Betracht. Da die Überweisung unautorisiert erfolgte, trägt die B-Bank die Kosten und mithin ist deren Vermögen infolge der Verfügung geschädigt.

b) Subjektiver Tatbestand

Aufgrund seines Vorgehens kann davon ausgegangen werden, dass A zumindest bedingt vorsätzlich sowohl die Täu-

schung und Irrtumserregung eines Bankangestellten erreichen wollte.⁶¹

c) Rechtswidrigkeit und Schuld

A handelte rechtswidrig und schuldhaft.

d) Zwischenergebnis

Unter der Prämisse, dass das Überweisungsformular von einem Bankangestellten bearbeitet wurde, hat A sich eines Betruges zu Lasten der Bank schuldig gemacht.

3. Sachverhaltsalternative 2: Formular wird maschinell bearbeitet

Wurde das Überweisungsformular hingegen maschinell bearbeitet, könnte A sich eines Computerbetruges gem. § 263a Abs. 1 StGB schuldig gemacht haben.

a) Objektiver Tatbestand

Hierzu müsste der Vermögensschaden der B-Bank das Ergebnis eines Datenverarbeitungsvorganges sein, den A durch die unbefugte Verwendung von Daten beeinflusste.

aa) Bei den auf dem Formular festgehaltenen Informationen, d.h. die eingetragenen Kontoverbindungen und die Unterschrift, handelt es sich um Daten, die A durch den Einwurf des Formulars auch verwenden wollte.

bb) Dies müsste unbefugt geschehen sein. Wann Daten unbefugt verwendet werden, ist umstritten.⁶² Zum Teil wird vertreten, § 263a Abs. 1 Var. 3 StGB erfasse alle Verhaltensweisen, die weder vom wirklichen noch vom mutmaßlichen Willen des Berechtigten umfasst sind.⁶³ Insbesondere die Rechtsprechung der Landes- und Oberlandesgerichte hat die Ansicht entwickelt, unbefugtes Verwenden liege nur dann vor, wenn der durch die Tathandlung verletzte Wille in der Programmgestaltung Niederschlag gefunden habe.⁶⁴ Nach überwiegender Ansicht der Literatur und höchstrichterlicher Rechtsprechung sind nur solche Verhaltensweisen unbefugt, die täuschungsähnlich sind, die Datennutzung mithin ein Täuschungsäquivalent darstellt.⁶⁵

Einzig nach der Ansicht, die einen Niederschlag des entgegenstehenden Willens im Programmablauf fordert, scheidet

⁶¹ Vgl. BGH, Beschl. v. 12.2.2008 – 4 StR 623/07 = NJW 2008, 1394 (1395).

⁶² Siehe zum Streitstand *Wohlers/Mühlbauer*, in: Joecks/Miebach (Fn. 49), § 263a Rn. 37 ff.

⁶³ Z.B. *Mitsch*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2/2, 2001, § 3 Rn. 23; ähnlich auch BGH, Beschl. v. 10.11.1994 – 1 StR 157/94 = BGHSt 40, 331.

⁶⁴ Vgl. OLG Celle, Urte. v. 11.4.1989 – 1 Ss 287/88 = wistra 1989, 355; siehe zu weiteren Nachweisen aus der Rspr. *Tiedemann/Valerius*, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Fn. 29), § 263a Rn. 45 mit Fn. 93.

⁶⁵ Vgl. BGH, Beschl. v. 21.11.2001 – 2 StR 260/01 = BGHSt 47, 160 (162 f.); BGH, Beschl. v. 31.3.2004 – 1 StR 482/03 = NStZ 2005, 213; *Tiedemann/Valerius* (Fn. 64), § 263a Rn. 44 m.w.N.

⁵⁷ Siehe *Casper*, in: Säcker/Rixecker (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 4, 6. Aufl. 2012, § 675u Rn. 7.

⁵⁸ Zu diesem Ergebnis *Casper* (Fn. 57), § 675u Rn. 8.

⁵⁹ Vgl. *Köbrich*, VuR 2015, 9 (12); *Casper* (Fn. 57), § 675u Rn. 7.

⁶⁰ Exemplarisch *Medicus/Petersen*, Bürgerliches Recht, 25. Aufl. 2015, Rn. 99 m.w.N.

hier eine unbefugte Verwendung aus, da das Auslesegerät ordnungsgemäß bedient wurde.

Hinweis: Mit entsprechender Begründung ist hier auch eine andere Ansicht vertretbar. Man könnte darauf abstellen, dass sich der entgegenstehende Wille in der Prüfung der Unterschrift niedergeschlagen hat. Zur genauen Prüfungsweise bei maschineller Bearbeitung der Überweisungsformulare finden sich keine Angaben im Sachverhalt, doch bei lebensnaher Sachverhaltsauslegung kann dies durchaus angenommen werden. In diesem Fall muss dann auch Stellung dahingehend bezogen werden, ob es sich bei der maschinellen Prüfung der Unterschrift um eine rein formale Vollständigkeitskontrolle handelt oder ob durch diese die Berechtigung geprüft werden soll. Bei einer solchen Argumentation kommen alle Ansichten zum gleichen Ergebnis und ein Streitentscheid ist nicht notwendig.

Ansonsten widerspricht die Verwendung der Daten Ps Willen und A müsste – stellte man sich anstelle des Automaten einen Angestellten vor – seine Berechtigung zumindest konkludent vertauschen.

Auf den Niederschlag des entgegenstehenden Willens im Programmablauf kann es freilich nicht ankommen, da eine solche Auslegung der Var. 3 diese im Wesentlichen zu einem Unterfall der Var. 2 und damit überflüssig machen würde. Fragt das Programm nämlich Zugangsdaten ab – was nach dieser Ansicht notwendig wäre – so erfüllt die Eingabe bereits die Var. 2, da von dem Datenverarbeitungsvorgang dann unrichtige Daten berücksichtigt werden. Anderenfalls fände schlicht gar kein Datenverarbeitungsvorgang statt und allenfalls eine Strafbarkeit wegen Versuchs wäre möglich.⁶⁶

Somit hat A die Daten unbefugt verwendet.

cc) Durch As Verhalten müsste das Ergebnis eines Datenverarbeitungsvorganges beeinflusst worden sein. Dieses ist dann beeinflusst, wenn es von dem Arbeitsergebnis abweicht, das ohne die Tathandlung erzielt worden wäre.⁶⁷ Auch genügt nicht jeder beliebige Datenverarbeitungsvorgang, sondern nur ein vermögensrelevanter, da dieser an die Stelle von Irrtum und Verfügung des § 263 Abs. 1 StGB treten soll.⁶⁸

Entgegen einer zum Teil geäußerten Ansicht⁶⁹ setzt der Wortlaut („beeinflusst“) keinen bereits in Gang gesetzten Datenverarbeitungsvorgang voraus, schließlich ist der Start eines Vorgangs sogar die intensivste Form der Beeinflussung.⁷⁰

Da das von A eingeworfene Formular den Datenverarbeitungsvorgang in Gang setzte, der schließlich zu einem Ver-

mögensschaden der Bank führte, hat A auch einen Datenverarbeitungsvorgang beeinflusst.

b) Subjektiver Tatbestand

A kam es darauf an, sich durch sein Handeln zu bereichern. Auf welche Weise – durch Betrug oder Computerbetrug – dies geschehen sollte, war ihm gleichgültig. A handelte daher auch hinsichtlich eines Computerbetruges zumindest bedingt vorsätzlich und mit Bereicherungsabsicht.⁷¹

c) Rechtswidrigkeit und Schuld

An Rechtswidrigkeit und Schuld bestehen keine Zweifel.

d) Zwischenergebnis

Falls das Überweisungsformular maschinell bearbeitet wurde, hat A sich eines Computerbetruges schuldig gemacht.

4. Wahldeutige Verurteilung nach den Grundsätzen der echten Wahlfeststellung?

Beide Sachverhaltsalternativen schließen sich gegenseitig aus und A macht sich jeweils einer anderen Straftat schuldig. Zwischen Betrug gem. § 263 Abs. 1 StGB und Computerbetrug gem. § 263a Abs. 1 StGB besteht kein rechtslogisches oder normatives Stufenverhältnis.⁷²

Der Tatbestand des Computerbetruges wurde extra geschaffen, um in den „Betrugsfällen“ in denen Maschinen quasi „getäuscht“ werden, Strafbarkeitslücken zu schließen.⁷³

Eine wahldeutige Verurteilung nach den Grundsätzen der echten Wahlfeststellung kommt insoweit in Betracht.

5. Zulässigkeit der echten Wahlfeststellung

Fraglich ist jedoch, ob die echte Wahlfeststellung gegen verfassungsrechtliche Prinzipien verstößt und deshalb eine wahldeutige Verurteilung unterbleiben muss.

Der 2. Senat des BGH hat unlängst ausgeführt, bei der Wahlfeststellung handele es sich nicht um ein prozessuales Instrument, um Sachverhaltsunklarheiten zu begegnen, sondern die Wahlfeststellung wirke materiell, da der Angeklagte nicht aus der einen oder der anderen Norm bestraft werde, sondern faktisch ein dritter Tatbestand geschaffen werde, der alternativ die Voraussetzungen beider Tatbestände enthalte; hierfür existiere jedoch keine materielle Grundlage.⁷⁴ Ein solcher Verstoß gegen Art. 103 Abs. 2 GG sei nicht zu legitimieren.⁷⁵

⁷¹ Siehe zu dieser Feststellung BGH, Beschl. v. 12.2.2008 – 4 StR 623/07 = NJW 2008, 1394 (1395).

⁷² Vgl. BGH, Beschl. v. 12.2.2008 – 4 StR 623/07 = NJW 2008, 1394; BGH, Beschl. v. 5.3.2013 – 1 StR 613/12 = NStZ 2014, 42.

⁷³ Siehe eine ausführliche Darstellung bei Tiedemann/Valerius (Fn. 64), § 263a Rn. 2.

⁷⁴ BGH, Beschl. v. 28.1.2014 – 2 StR 495/12 = NStZ 2014, 392 (394 f.), mit zust. Anm. Wagner, ZJS 2014, 436 (insb. 441 f.).

⁷⁵ Wagner, ZJS 2014, 436 (442).

⁶⁶ Tiedemann/Valerius (Fn. 64), § 263a Rn. 45.

⁶⁷ Vgl. Tiedemann/Valerius (Fn. 64), § 263a Rn. 68.

⁶⁸ Perron, in: Schönke/Schröder (Fn. 2), § 263a Rn. 20.

⁶⁹ Bspw. LG Wiesbaden, Urt. v. 30.3.1989 – 2 Js 145804/87 = NJW 1989, 2551; Ranft, wistra 1987, 79 (83).

⁷⁰ Bühler, Die strafrechtliche Erfassung des Mißbrauchs von Geldautomaten, 1995, S. 73; siehe auch BGH, Urt. v. 22.11.1991 – 2 StR 376/91 = BGHSt 38, 120.

Richtigerweise muss angenommen werden, dass die echte Wahlfeststellung ihre Grundlage zunächst in einem prozessualen Beweisproblem hat. Auch fehlt es an einer materiellen Grundlage nicht, da die in Frage kommenden Tatbestände jeweils für sich normiert sind. Dies ist ausreichend, denn liegen die geforderten Voraussetzungen einer echten Wahlfeststellung vor, so ist die Alternative zum Nichtvorliegen der Voraussetzungen des einen Tatbestandes nicht deren Nichtvorliegen, sondern der Verstoß gegen einen anderen seinerseits ausreichend bestimmten Tatbestand.⁷⁶

Unter einer strikten inhaltlichen Begrenzung ist die echte Wahlfeststellung somit verfassungsrechtlich zulässig.

6. Ergebnis

A hat sich des Betruges oder des Computerbetruges schuldig gemacht.⁷⁷

III. § 263 Abs. 1 StGB/§ 263a Abs. 1 StGB – Einwurf des Formulars

Durch das gleiche Verhalten könnte A sich wegen Betruges bzw. Computerbetruges zu Ps Lasten strafbar gemacht haben. Dies wäre dann der Fall, falls A durch den Einwurf des Überweisungsformulars Ps Vermögen schadensgleich gefährdet hat. Zwar ließe sich anführen, P könnte durch As Verhalten gezwungen sein, das finanzielle Risiko eines Prozesses auf sich zu nehmen, jedoch ist schon allein wegen der umstrittenen Anforderungen an einen Gefährdungsschaden⁷⁸ hier fraglich, ob ein solcher angenommen werden könnte. In jedem Fall fehlte es an As Absicht stoffgleicher Bereicherung, da dieser sich aus diesem Schaden keinen deckungsgleichen Gewinn verspricht.⁷⁹

Eine Strafbarkeit wegen Betrugs oder Computerbetrugs nach den Grundsätzen des Gefährdungsschadens kommt nicht in Betracht.

C. Dritter Handlungskomplex: Das Geschäft mit B

I. §§ 257, 26 StGB

A könnte sich wegen Anstiftung zur Begünstigung gem. §§ 257, 26 StGB strafbar gemacht haben, indem er B bat, die zuvor erhaltenen € 25.000,- anzulegen.

1. Tatbestand

Hierzu müsste A bei B den Tatentschluss hervorgerufen haben, ihm Hilfe zu leisten, um das erbeutete Geld zu sichern.

Zunächst müsste B eine Begünstigung – als vorsätzliche rechtswidrige Haupttat – begangen haben.

a) Rechtswidrige Vortat einer Begünstigung ist As Betrug bzw. Computerbetrug. Zu diesem hat B dann Hilfe zur Sicherung der Vorteile der Tat im Sinne des § 257 Abs. 1 StGB geleistet, wenn seine Handlung dazu geeignet war, A das aus der Vortat erlangte Geld zu sichern.⁸⁰ Darauf, ob dieses Verhalten nur nach der Vorstellung Bs geeignet sein muss,⁸¹ um A Hilfe zu leisten, oder ob As Lage sich dadurch tatsächlich verbessert haben muss,⁸² kommt es nicht an, da Bs Verhalten in jedem Fall auch objektiv geeignet war, das Geld vor Ermittlungsbehörden zu verbergen und dieses dadurch A zu sichern.

b) B nahm zudem billigend in Kauf, dass A das Geld aus einer rechtswidrigen Tat erlangt hat und er ihm half, diesen Vorteil zu sichern. Über die genaue Art der Vortat musste B sich keine Vorstellung machen.⁸³

Fraglich ist jedoch, ob B mit Vorteilssicherungsabsicht handelte. B kam es nicht darauf an, A den Wert des Geldes zu erhalten, vielmehr war dies für ihn allenfalls ein Zwischenziel, um selbst mit dem Geld wirtschaften zu können. Zum Teil wird vertreten, ein solcher dolus directus zweiten Grades sei als Vorteilssicherungsabsicht ausreichend.⁸⁴ Jedoch spricht der Wortlaut ausdrücklich von „Absicht“ wohingegen bei der Neuschaffung des § 258 StGB die Formulierung „absichtlich oder wissentlich“ verwendet wurde; eine parallele Auslegung verbietet sich daher.⁸⁵ B handelte ohne Bereicherungsabsicht.

2. Ergebnis

A hat bei B keinen Tatentschluss zur Begünstigung hervorgerufen. Darüber hinaus hatte A auch keinen Vorsatz zur Anstiftung, da er B für gutgläubig hielt. A ist deshalb nicht wegen Anstiftung zur Begünstigung strafbar.

II. §§ 261 Abs. 1, 26 StGB

A hat B ebenfalls zu keiner Geldwäsche gem. §§ 261 Abs. 1, 26 StGB angestiftet, denn zwar ist Geldguthaben nach gängiger Ansicht ein Gegenstand im Sinne des § 261 Abs. 1 StGB, doch stammt dieses aus keiner tauglichen Vortat, da gem. § 261 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 StGB die §§ 263 und 263a StGB „gewerbsmäßig oder von einem Mitglied einer Bande“ begangen werden müssen. Auch diesbezüglich hatte A keinen Vorsatz zur Anstiftung des B.

A hat B nicht zur Geldwäsche angestiftet.

⁷⁶ Siehe *Dannecker*, in: *Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann* (Hrsg.), *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, Bd. 1, 12. Aufl. 2007, Anh. § 1 Rn. 17 ff. mit zahlreichen w.N.

⁷⁷ Zur Formulierung siehe *Norouzi*, *JuS* 2008, 113 (116).

⁷⁸ Vgl. dazu *BVerfG*, *Beschl. v. 23.6.2010 – 2 BvR 2559/08*, 2 BvR 105/09, 2 BvR 491/09 = *BVerfGE* 126, 170; *Schiinemann*, *NStZ* 2008, 430; *Dierlamm*, in: *Joecks/Miebach* (Fn. 49), § 266 Rn. 211 ff.

⁷⁹ Zu den Voraussetzungen der Bereicherungsabsicht siehe *Küper/Zopfs* (Fn. 9), Rn. 130 ff. m.w.N.

⁸⁰ Vgl. *Stree/Hecker*, in: *Schönke/Schröder* (Fn. 2), § 257 Rn. 11 und die Beispiele in Rn. 12.

⁸¹ So bspw. *Seelmann*, *JuS* 1983, 32 (34).

⁸² Dies fordert u.a. *Hoyer* (Fn. 12), § 257 Rn. 18.

⁸³ So die h.M. vgl. *Stree/Hecker* (Fn. 80), § 257 Rn. 20; *Hoyer* (Fn. 12), § 257 Rn. 27; jeweils m.w.N.

⁸⁴ Bspw. *Bosch*, *Jura* 2012, 270 (275).

⁸⁵ *Altenhain*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* (Fn. 51), § 257 Rn. 31.

D. Konkurrenzen und Ergebnis

Im ersten Tatkomplex hat A sich einer veruntreuenden Unterschlagung, einer Nötigung sowie einer Körperverletzung schuldig gemacht. Zwischen Nötigung und Körperverletzung besteht Tateinheit.⁸⁶ Hinzu kommen die Unterschlagung und ein besonders schwerer Fall des Diebstahls in Tatmehrheit.

Im zweiten Tatkomplex hat A sich der Urkundenfälschung und des Betruges oder Computerbetruges schuldig gemacht. Betrug oder Computerbetrug stehen zur Urkundenfälschung in Idealkonkurrenz.⁸⁷

Im dritten Tatkomplex bleibt A straflos.

Zwischen den Tatkomplexen besteht Tatmehrheit.

A ist damit strafbar wegen Körperverletzung in Tateinheit mit Nötigung, veruntreuender Unterschlagung, Diebstahl in besonders schwerem Fall und Urkundenfälschung in Tateinheit mit Betrug oder Computerbetrug gemäß §§ 223 Abs. 1; 240 Abs. 1; 52; § 246 Abs. 1, Abs. 2; §§ 242 Abs. 1, 243 Abs. 1 S. 1 Nr. 6 StGB; §§ 267 Abs. 1 Var. 3; 263 Abs. 1/263a Abs. 1; 52 StGB; § 53 StGB.

⁸⁶ Siehe *Sinn* (Fn. 18), § 240 Rn. 167.

⁸⁷ Siehe *Puppe* (Fn. 51), § 267 Rn. 112.