

# Fortgeschrittenenhausarbeit: Der arme Student

Von Wiss. Mitarbeiter **Tobias Günther**, Wiss. Mitarbeiterin **Nicole Selzer**, Halle (Saale)\*

Die Hausarbeit wurde im WS 2016/2017 an der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg in der Großen Übung Strafrecht gestellt. Die Hausarbeit ist aufgrund der umfangreichen Probleme (13) als mittelschwer einzustufen. Schwerpunkte bildeten u.a. der Rücktritt vom versuchten Raub mit Todesfolge, der gefahrspezifische Zusammenhang bei der Freiheitsberaubung mit Todesfolge, der Betrug im Rahmen der Banküberweisung und die Aussagedelikte. Die Hausarbeit wurde insgesamt von 114 Studierenden bearbeitet. Der Notendurchschnitt betrug 6 Punkte bei einer Durchfallquote von 26,3 %.

## Sachverhalt

Student S aus Halle (Saale) befindet sich in wirtschaftlichen Schwierigkeiten und beschließt daher, die Kassiererin (K) der Harzmensa nach den Öffnungszeiten zu überfallen, wenn diese die Tageseinnahmen zur Bank bringt. Um auf Nummer sicher zu gehen, nimmt er eine geladene Pistole mit und versteckt sich hinter einem großen Baum im Innenhof des Geländes. Dort wartet er auf K. Als S die K gesichtet hat, springt er hinter dem Baum hervor und zwingt diese unter vorgehaltener Waffe etwa zehn m in Richtung des für Dritte schlecht einsehbaren Lieferanteneingangs auf dem Hofgelände. Dort möchte S der K die Tageseinnahmen entreißen, die sie in ihrer Handtasche aufbewahrt. Um der Situation noch mehr „Druck“ zu verleihen, fuchtelte S währenddessen mit der geladenen und entscherten Pistole wild vor dem Körper der K umher. Aus Unachtsamkeit des S löst sich ein Schuss aus der Pistole und trifft K aus kurzer Distanz tödlich in den Brustkorb. S ist vollkommen erschrocken, dass sich eine Kugel aus der Pistole gelöst hat. Er denkt, dass K nur schwer verletzt ist. Auf diese Weise wollte er sich aber nicht bereichern und lässt reumütig die Tageseinnahmen der Mensa in der Handtasche zurück. Das ganze Geschehen dauerte rund zwei Minuten.

Als S nach Hause kommt, sieht er auf seinem Schreibtisch fällige Rechnungen liegen. Obwohl er weiß, dass er sein BAföG für diesen Monat so gut wie ausgegeben hat und über kein Dispokredit verfügt, prüft er online seinen Kontostand. Mit Erstaunen stellt er fest, dass sein Konto ein Haben von 1.022,75 € aufweist. Diesen erfreulichen Kontostand verdankt er einer bankinternen Fehlbuchung in Höhe von 1.000 € durch einen Tippfehler einer Sachbearbeiterin der X-Bank. S erkennt sofort, dass ihm das Geld nicht zusteht. Er hält es aber für eine glückliche Fügung.

Am nächsten Tag geht er als erstes zur X-Bank und legt dem Bankangestellten B drei Überweisungsaufträge vor. Damit werden die fälligen Studiengebühren in Höhe von 188,50 €, der Mietzins in Höhe von 329 € und der Fitnessstudio-Beitrag von 52,50 € beglichen. Weitere 430 € hebt S

am Geldautomaten der X-Bank ab. Mit diesem Geld füllt er seinen Kühlschrank und Biervorrat für den restlichen Monat auf und lässt den Abend mit Freunden feierlich ausklingen.

Wegen des „Überfalls“ auf die Kassiererin K wird S vor dem Landgericht Halle angeklagt. S hat sich jedoch schon eine perfekte Verteidigungsstrategie für das Strafverfahren ausgedacht. Er behauptet wahrheitswidrig, dass er sich am besagten Tag die ganze Zeit bei seiner Großmutter (G) in Leipzig aufgehalten hat. Er bittet G daher um eine Zeugenaussage. Er geht davon aus, dass seine 74-jährige Großmutter G den Tag verwechseln und daher zu seinen Gunsten aussagen wird. G sagt im Strafverfahren unter Eid aus, dass S sich am besagten Tag bei ihr in Leipzig aufgehalten hat. Entgegen der Vorstellung des S hat G das ganze Geschehen jedoch sofort durchschaut. Sie weiß sicher, dass S im besagten Zeitraum nicht in Leipzig war. G möchte jedoch ihren Enkel nicht das Leben und die berufliche Karriere „versauen“ und hat deshalb ihre wahrheitswidrigen Angaben beschworen. Das Gericht verurteilt S jedoch, weil es den Schilderungen der G – aufgrund anderer Zeugenaussagen – keinen Glauben schenkt.

## Bearbeitervermerk

Wie haben sich S und G nach dem StGB strafbar gemacht? §§ 123, 239a, 239b, 241, 265a, 266b StGB sind nicht zu prüfen. Erforderliche Strafanträge sind gestellt.

## Lösungsvorschlag

*Anmerkung 1:* Die Lösungsskizze stellt keine Musterlösung dar, schließt andere Lösungen nicht aus und ist für die Leser als auch Korrekturassistenten nur eine Leitlinie.

## 1. Tatkomplex – Harzmensa

### A. Strafbarkeit des S

#### I. §§ 249 Abs. 1, 250 Abs. 2 Nr. 1 Var. 1, 251, 22, 23 Abs. 1 StGB

S könnte sich eines versuchten schweren Raubes mit Todesfolge gem. §§ 249 Abs. 1, 250 Abs. 2 Nr. 1 Var. 1, 251, 22, 23 Abs. 1 StGB schuldig gemacht haben, indem er K mit der Waffe bedrohte, um ihr die Tageseinnahmen abzunehmen und sie dabei erschoss.

*Anmerkung 2:* Es bietet sich an, die Qualifikation des § 250 Abs. 2 Nr. 1 Var. 1 StGB sowie die Erfolgsqualifikation des § 251 StGB mit zu prüfen, um auch die Probleme des erfolgsqualifizierten Versuchs etc. anzusprechen.

#### 1. Vorprüfung

##### a) Keine Vollendungsstrafbarkeit

S hat die Tageseinnahmen nicht weggenommen, sodass das Delikt nicht vollendet ist.

\* Tobias Günther war und Nicole Selzer ist Wiss. Mitarbeiter/-in am Lehrstuhl für Strafrecht und Kriminologie von Prof. Dr. Kai-D. Bussmann, Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg.

*b) Problem: Strafbarkeit des Versuchs?*

Hierfür muss zunächst die Frage beantwortet werden, ob eine Strafbarkeit gem. § 251 StGB bei einem nur versuchten Grunddelikt (sog. erfolgsqualifizierter Versuch) möglich ist.

*aa) Kein erfolgsqualifizierter Versuch möglich*

Nach einer vertretenen Auffassung wird die Möglichkeit eines erfolgsqualifizierten Versuchs prinzipiell verneint.<sup>1</sup> Ein Versuch ohne Vorsatz, der sich auch auf die besondere Folge – den Tod – beziehe, stehe im Widerspruch zu § 22 StGB. Der Vorstellungsvorsatz muss sich auf den kompletten Tatbestand beziehen, § 11 Abs. 2 sowie § 18 StGB können darüber nicht hinweghelfen.<sup>2</sup> § 251 StGB verlange einen „Raub“ als Ursache der Erfolgsqualifikation, ein Versuch ist gerade nicht ausreichend.<sup>3</sup> Demnach ist eine erfolgsqualifizierter Versuch in Gestalt des versuchten schweren Raubes mit Todesfolge gem. §§ 249 Abs. 1, 250 Abs. 2 Nr. 1 Var. 1, 251, 22, 23 Abs. 1 StGB nicht möglich.

*bb) Erfolgsqualifizierter Versuch möglich*

Nach anderer überwiegender Auffassung richtet sich die Möglichkeit eines erfolgsqualifizierten Versuchs danach, ob die grunddeliktische Handlung oder der Erfolg des Grunddelikts Anknüpfungspunkt für die Zurechnung der besonderen Folge ist.<sup>4</sup> Mehrheitlich wird angenommen, dass die besondere Gefährlichkeit beim Raub mit Todesfolge an die Handlung, d.h. an das Nötigungselement des Raubes (Gewalt oder Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben) und nicht an den Erfolg anknüpft.<sup>5</sup> Die Versuchsstrafbarkeit folgt damit aus §§ 249 Abs. 1, 250 Abs. 2 Nr. 1, 251, 22, 23 Abs. 1 StGB i. V. m. § 11 Abs. 2 StGB.

*cc) Streitentscheid*

Der Gesetzgeber hat mit § 11 Abs. 2 StGB eine spezielle Regelung getroffen und diese Delikte insgesamt als Vorsatzdelikte eingeordnet, so dass ein Versuch prinzipiell als möglich erscheint.<sup>6</sup> Zudem erkennt die zweite Ansicht die Möglichkeit eines erfolgsqualifizierten Versuchs nur dann an,

wenn die besondere Gefährlichkeit bereits aus der Handlung resultiert und der Versuch des Grunddelikts strafbar ist.<sup>7</sup>

*Anmerkung 3:* Andere Ansicht mit Begründung vertretbar.

*2. Tatbestand**a) Tatentschluss*

S müsste auch mit Tatentschluss, d.h. Vorsatz in Bezug auf alle Merkmale des objektiven Tatbestandes<sup>8</sup> gehandelt haben. Vorsatz ist Wissen und Wollen der Tatbestandverwirklichung.<sup>9</sup>

*aa) Vorsatz bezüglich fremder beweglicher Sache*

S müsste sich vorgestellt haben, dass die Tageseinnahmen – die Geldscheine als bewegliche Sachen – fremd sind. Fremd ist eine Sache, wenn sie zumindest auch im Eigentum einer anderen Person steht.<sup>10</sup> S wusste, dass die Tageseinnahmen, also die Geldscheine, im Eigentum des Mensabetreibers stehen. Damit stellte S sich eine fremde bewegliche Sache vor.

*bb) Problem: Vorsatz bezüglich der Wegnahme?*

Fraglich ist allerdings, ob nach der Vorstellung des S ein Raub nach § 249 Abs. 1 StGB oder eine räuberische Erpressung nach §§ 253 Abs. 1, 255 StGB vorlag. Wegnahme ist der Bruch fremden und die Begründung neuen Gewahrsams.<sup>11</sup> Gewahrsam ist dabei die tatsächliche Sachherrschaft einer natürlichen Person, die vom natürlichen Herrschaftswillen getragen ist und nach der allgemeinen Verkehrsanschauung bestimmt wird.<sup>12</sup> Ein Bruch des Gewahrsams liegt vor, wenn sich der Gewahrsamswechsel gegen oder zumindest ohne den Willen des bisherigen Gewahrsamsinhabers vollzieht.<sup>13</sup>

S wusste, dass die K Gewahrsam, d.h. die tatsächliche Sachherrschaft getragen von einem natürlichen Herrschaftswillen an den Tageseinnahmen hatte und dass er neuen Gewahrsam gegen bzw. ohne den Willen der K begründen würde, wenn er dieser die Tageseinnahmen entreißen und einstecken würde. Hierauf kam es ihm auch an. Nach der Vorstellung des S sollte K keine Restmöglichkeit verbleiben, den Verlust der Tageseinnahmen zu verhindern. Er stellt sich also

<sup>1</sup> Gössel, ZIS 2011, 386 (389 f.); *Hardtung*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 3. Aufl. 2017, § 18 Rn. 77 ff.

<sup>2</sup> *Hardtung* (Fn. 1), § 18 Rn. 77 ff.

<sup>3</sup> Gössel, ZIS 2011, 386 (390).

<sup>4</sup> *Renzikowski*, in: Matt/Renzikowski (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 2013, § 18 Rn. 27.

<sup>5</sup> *Renzikowski* (Fn. 4), § 18 Rn. 27; *Sternberg-Lieben/Schuster*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2014, § 18 Rn. 9; *Wessels/Hillenkamp*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 40. Aufl. 2017, Rn. 391; *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 20. Aufl. 2018, § 9 Rn. 14; BGH NJW 1996, 2663 (2664); BGH NJW 2001, 2187.

<sup>6</sup> *Kudlich*, JA 2009, 246 (249); *Beckemper/Cornelius*, in: v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Beck'scher-Online Kommentar, Strafgesetzbuch, Stand: 1.11.2017, § 22 Rn. 47 und 49.

<sup>7</sup> Dazu Gössel, ZIS 2011, 386 (389); *Kudlich*, JA 2009, 246 (249).

<sup>8</sup> *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 10. Aufl. 2018, § 34 Rn. 7; *Kühl*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2017, § 15 Rn. 23 f.

<sup>9</sup> BGHSt 36, 1 (9 f.).

<sup>10</sup> *Rengier* (Fn. 5), § 2 Rn. 9.

<sup>11</sup> *Rengier* (Fn. 5), § 2 Rn. 22; BGH NStZ 1988, 270 (271); *Eser/Bosch*, in: Schönke/Schröder (Fn. 5), § 242 Rn. 22; *Kühl*, in: Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2018, § 242 Rn. 8.

<sup>12</sup> *Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 65. Aufl. 2018, § 242 Rn. 11.

<sup>13</sup> *Kühl* (Fn. 11), § 242 Rn. 14; *Rengier* (Fn. 5), § 2 Rn. 64; *Schmitz*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 3. Aufl. 2017, § 242 Rn. 86.

vor, die Tageseinnahmen wegzunehmen. Somit hatte S einen Tatentschluss bezüglich einer Wegnahme im Sinne des § 249 Abs. 1 StGB sowohl nach der Auffassung der Rechtsprechung, die nach dem äußeren Erscheinungsbild (§ 249 Abs. 1 StGB – Nehmen/§ 253, 255 StGB Geben) als auch nach der herrschenden Auffassung, die nach der inneren Willensrichtung des Opfers abgrenzt.

*Anmerkung 4:* Ein Streitentscheid wäre an dieser Stelle verfehlt.

*cc) Problem: Vorsatz bezüglich Gewalt?*

Fraglich ist, ob S nach seiner Vorstellung durch das Vorhalten der Waffe Gewalt ausüben oder mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben der K drohen wollte. Gewalt ist eine Kraftausübung, die – gegebenenfalls psychisch vermittelt – körperlichen Zwang beim Opfer bewirkt und der Überwindung eines geleisteten oder erwarteten Widerstands dient.<sup>14</sup>

*(1) Vorhalten einer Waffe als Gewalt*

Nach einer Ansicht wird in dem Vorhalten einer Waffe das Tatbestandsmerkmal der Gewalt als gegeben angesehen.<sup>15</sup> Es wird vorgebracht, dass beim Vorhalten einer Waffe ein Übel zwar erst in Aussicht gestellt wird, jedoch bereits gegenwärtig beim Opfer Zwangswirkungen (Herzklopfen, Adrenalinanstoss etc.) eintreten.<sup>16</sup> Damit empfindet das Opfer K schon gegenwärtig ein Übel. Mithin liegt eine Gewaltanwendung vor.

*(2) Vorhalten einer Waffe als bloßes Inaussichtstellen eines Übels*

Nach einer überwiegenden Auffassung wird hingegen im Vorhalten einer Waffe nur eine Drohung gesehen. Das Übel – die Verletzung des Körpers bzw. der Eintritt des Todes – werden nur in Aussicht gestellt, für den Fall des Nichtgehorsams. Es handelt sich um ein künftiges Übel.<sup>17</sup> Mithin liegt nach der Vorstellung des S keine Gewalt vor.

*(3) Streitentscheid*

Für die erste Ansicht spricht, dass es ohne Zeitverzögerung zu körperlichen Beeinträchtigungen beim Opfer kommt.<sup>18</sup> Dagegen lässt sich jedoch anführen, dass durch ein solches Gewaltverständnis keine sinnvolle Abgrenzung mehr zwischen dem Nötigungsmittel der Gewalt und dem der Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib und Leben möglich ist. Die Drohungsalternative hätte kaum einen Anwendungsbereich. Das Gewaltmerkmal wird über Einbeziehung – wenn auch

aktueller – psychosomatischer Nebenwirkungen, die für die bloße Übelankündigung typisch sind, zu Lasten der Drohungsalternative unzulässig erweitert.<sup>19</sup>

*Anmerkung 5:* Andere Ansicht mit Begründung vertretbar.

*dd) Vorsatz bezüglich Drohung mit einer gegenwärtigen Gefahr für Leib oder Leben sowie bezüglich Finalität bzw. Kausalität zwischen dem Einsatz des qualifizierten Nötigungsmittels und der Wegnahme*

S wollte der K durch Vorhalten der Pistole eine Körperverletzung bzw. den Tod in Aussicht stellen, also eine Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben verüben. Nach der Vorstellung des S sollte das Vorhalten der Schusswaffe sowohl final<sup>20</sup> als auch objektiv kausal<sup>21</sup> für die Wegnahme der Tageseinnahmen sein.

*ee) Vorsatz bzgl. der Qualifikation des § 250 Abs. 2 Nr. 1 lit. a StGB: Verwendung der Pistole*

S müsste auch vorsätzlich in Bezug auf die Verwendung einer Pistole gehandelt haben. Verwenden meint jeden zweckgerichteten Gebrauch.<sup>22</sup> S wollte der K die geladene und entscherte Pistole vor den Körper halten und das von der Schusswaffe ausgehende Drohpotenzial für seine Zwecke gebrauchen. Damit hatte S Vorsatz bzgl. der Verwendung einer Pistole.

*Anmerkung 6:* Aufgrund der Tatsache, dass die Qualifikation des § 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. a Var. 1 StGB hinter die des § 250 Abs. 2 Nr. 1 Var. 1 StGB tritt, sollte gleich mit dem Vorsatz bzgl. der letzteren begonnen werden.

*ff) Absicht rechtswidriger Zueignung*

S müsste auch mit der Absicht der rechtswidrigen Zueignung gehandelt haben. Dies setzt zunächst die Absicht zumindest zeitweiliger Aneignung, also der Einverleibung in das eigene Vermögen, voraus.<sup>23</sup> S strebte danach, die Tageseinnahmen für seine private Zwecke zu verwenden. Die Verwendung des Geldes steht grundsätzlich nur dem Berechtigten zu. S hatte also die Absicht sich die Tageseinnahmen dem eigenen Vermögen einzuverleiben. Somit hatte er die Absicht zumindest zeitweiliger Aneignung. Zudem müsste J den zumindest bedingten Vorsatz gehabt haben, den Eigentümer dauerhaft zu enteignen.<sup>24</sup> S nahm zumindest billigend in Kauf, dass der Mensabetreiber niemals wieder über den Tageseinnahmen verfügen kann. Folglich hatte er den bedingten Vorsatz, den Eigentümer dauerhaft zu enteignen.

Diese erstrebte Zueignung müsste rechtswidrig gewesen sein. Hierfür dürfte S keinen fälligen und einredefreien An-

<sup>14</sup> Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 19. Aufl. 2018, § 23 Rn. 23.

<sup>15</sup> BGHSt 23, 126 (127); Steinberg/Stam, ZJS 2011, 539 (540).

<sup>16</sup> BGHSt 23, 126 (127); Steinberg/Stam, ZJS 2011, 539 (540).

<sup>17</sup> Rengier (Fn. 14), § 23 Rn. 28; Wessels/Hillenkamp (Fn. 5), Rn. 347.

<sup>18</sup> Steinberg/Stam, ZJS 2011, 539 (540).

<sup>19</sup> Küper, Jura 1983, 206.

<sup>20</sup> Rengier (Fn. 5), § 7 Rn. 22.

<sup>21</sup> Seelmann, JuS 1986, 203 f.

<sup>22</sup> Fischer (Fn. 12), § 250 Rn. 18.

<sup>23</sup> Fischer (Fn. 12), § 242 Rn. 35; Kudlich/Oğlakcioğlu, JA 2012, 322 f.

<sup>24</sup> Kudlich/Oğlakcioğlu, JA 2012, 322.

spruch auf die Tageseinnahmen gehabt haben.<sup>25</sup> S hatte ersichtlich keinen Anspruch auf die Tageseinnahmen. Somit war die erstrebte Zueignung rechtswidrig. Dies wusste er auch, hatte also einen hierauf gerichteten Vorsatz. Folglich hatte er die Absicht, sich die Tageseinnahmen rechtswidrig zuzueignen.

#### b) Unmittelbares Ansetzen

S müsste unmittelbar zur Verwirklichung der Tat im Sinne des § 22 StGB angesetzt haben. S hat der K die Waffe vorgehalten und damit aus seiner Sicht alles Erforderliche getan, um den tatbestandlichen Erfolg herbeizuführen. Somit hat er subjektiv die Schwelle zum die Schwelle zum „Jetzt-geht-es-los!“ überschritten und in objektiver Hinsicht zur tatbestandlichen Handlung derart angesetzt, dass sein Tun nach seiner Vorstellung ohne wesentliche Zwischenschritte in die Erfüllung des Tatbestandes enden wird.<sup>26</sup> Mithin hat S unmittelbar angesetzt.

#### 3. Eintritt der besonderen Folge

##### a) Verursachung der besonderen Folge

Indem sich aus der geladenen und entsicherten Waffe des S ein Schuss löste, verursachte dieser den Tod der K.

##### b) Wenigstens Leichtfertigkeit

S müsste wenigstens leichtfertig gehandelt haben. Abweichend von § 18 StGB formuliert § 251 StGB das Kriterium der Leichtfertigkeit im Sinne einer gesteigerten Fahrlässigkeit bzw. groben Fahrlässigkeit.<sup>27</sup> Das Verhalten des S müsste eine grobe Sorgfaltspflichtverletzung darstellen. Es ist daher zu prüfen, ob der tatbestandliche Erfolg objektiv vorhersehbar war und ob der Täter in dieser Hinsicht die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht gelassen hat.<sup>28</sup> Für einen einsichtigen und besonnenen Menschen ist objektiv vorhersehbar, dass sich aus einer geladenen und entsicherten Waffe, die wild umher „gefuchelt“ wird, ein tödlicher Schuss lösen kann. Es war gerade auch objektiv vorhersehbar, dass dieser aus der kurzen räumlichen Distanz zwischen Täter und Opfer eine Todesgefahr ergibt, die sich im konkreten Erfolg realisiert hat. Eine gesteigerte Sorgfaltspflichtverletzung liegt somit vor. S handelte leichtfertig.

##### c) Spezifischer Gefährdungs Zusammenhang

Des Weiteren muss zwischen dem versuchten Grunddelikt und der besonderen Folge ein spezifischer Gefährdungs Zusammenhang bestehen. In dem tödlichen Ausgang muss sich gerade die der Tathandlung anhaftende Gefahr niedergeschlagen haben. Hier hat S durch den Einsatz des Nötigungsmittels, d.h. der Bedrohung der K mit der geladenen und entsicherten Waffe, ihren Tod verursacht. Folglich hat sich die der Tat-

handlung eigentümliche Gefahr im Tod der K realisiert. Der spezifische Gefährdungs Zusammenhang liegt vor.

#### 4. Rechtswidrigkeit

Rechtfertigungsgründe zugunsten des S sind nicht ersichtlich, sodass er auch rechtswidrig gehandelt hat.

#### 5. Schuld

Eine subjektive Leichtfertigkeit bei subjektiver Vorhersehbarkeit des Erfolgs für S liegt vor. S war nach seinen körperlichen und geistigen Fähigkeiten in der Lage vorherzusehen, dass das hektische Hantieren mit einer geladenen und ungesicherten Waffe unmittelbar vor dem Körper der K tödlich enden kann.

#### 6. Rücktritt gem. § 24 Abs. 1 S. 1 Var. 1 StGB

S könnte jedoch mit strafbefreiender Wirkung gem. § 24 Abs. 1 S. 1 Var. 1 StGB vom Versuch zurückgetreten sein.

##### a) Problem: Rücktritt überhaupt möglich?

Fraglich ist, ob ein Rücktritt vom erfolgsqualifizierten Delikt, d.h. nachdem die qualifizierende Todesfolge eingetreten ist, überhaupt möglich ist?

*Anmerkung 7:* Es stellt einen gravierenden Mangel dar, wenn der Rücktritt überhaupt nicht erörtert wird.

##### aa) Rücktritt ausgeschlossen

Nach einer vertretenen Ansicht ist eine Rücktrittsmöglichkeit zu verneinen, da die besondere Folge im Sinne des § 251 StGB eingetreten ist. Das für den spezifischen Gefährdungs Zusammenhang allein wesentliche Nötigungsmittel (Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib und Leben) sei zur Anwendung gekommen und der Tatbeitrag damit vollendet. Zudem sei mit der Realisierung der davon ausgehenden Gefahr (Tod der K) der strafe erhöhende Umstand eingetreten.<sup>29</sup> Danach scheidet ein Rücktritt des K vorliegend aus.

##### bb) Rücktritt möglich

Eine andere Auffassung lässt hingegen einen strafbefreienden Rücktritt auch nach Eintritt der besonderen Folge zu.<sup>30</sup> Demnach kann S – sofern die noch zu prüfenden Voraussetzungen vorliegen – grundsätzlich zurücktreten.

##### cc) Streitentscheid

Für die letztgenannte Ansicht spricht der Wortlaut von § 24 Abs. 1 S. 1 StGB, der von „Aufgabe der weiteren Ausführung der Tat spricht“ und damit an das Grunddelikt an-

<sup>25</sup> Fischer (Fn. 12), § 242 Rn. 49 f.; Kudlich/Oğlakcioğlu, JA 2012, 323.

<sup>26</sup> BGH NStZ 2014, 633; Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 47. Aufl. 2017, Rn. 850.

<sup>27</sup> Rengier (Fn. 5), § 9 Rn. 10.

<sup>28</sup> Wessels/Beulke/Satzger (Fn. 26), Rn. 939.

<sup>29</sup> Streng, in: Hettinger u.a. (Hrsg.), Festschrift für Wilfried Küper zum 70. Geburtstag, 2007, S. 629 (636 ff.); Wolters, GA 2007, 65 (68 ff.); Jäger, NStZ 1998, 161.

<sup>30</sup> Wessels/Beulke/Satzger (Fn. 26), Rn. 913; Fischer (Fn. 12), § 24 Rn. 28; Krey/Hellmann, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 17. Aufl. 2015, Rn. 206b; BGHSt 43, 158 (169 ff.).

knüpft.<sup>31</sup> Der Täter gibt die weitere Tat dadurch auf, dass er auf die Wegnahme einer fremden beweglichen Sache verzichtet. In der Konstellation hat S bislang nur der Tatbeitrag der Nötigung vollendet, jedoch ist die Straftat des § 249 StGB als zweiaktiges Delikt<sup>32</sup> (Nötigung + Wegnahme) insgesamt noch nicht vollendet. Zudem sollte dem Täter eine „goldene Brücke“ gebaut werden, da das Unrecht des Täters grundsätzlich auch über § 222 StGB aufgefangen werden kann sowie das vom Grunddelikt (§ 249 Abs. 1 StGB) geschützte Rechtsgut „Eigentum“ noch unverletzt ist.<sup>33</sup> Strafbarkeitslücken würden sich gerade nicht auftun.

*Anmerkung 8:* Andere Ansicht mit Begründung vertretbar.

#### b) Kein fehlgeschlagener Versuch

Voraussetzung für einen strafbefreienden Rücktritt ist, dass der Versuch nicht fehlgeschlagen ist. Ein Versuch gilt als fehlgeschlagen, wenn der Täter nach der letzten tatbestandlichen Ausführungshandlung erkennt, dass er die Tat mit den ihm zur Verfügung stehenden Mitteln nicht oder nicht ohne zeitlich relevante Zäsur vollenden kann.<sup>34</sup> Hier könnte die Fallgruppe des fehlgeschlagenen Versuchs vorliegen, die dadurch gekennzeichnet ist, dass die Tatbestandserfüllung objektiv unmöglich geworden ist. Nach dem Tod der K konnte diese keinen Gewahrsam mehr über die Tageseinnahmen ausüben, den S hätte brechen können. Die Vorschrift des § 857 BGB (Vererblichkeit des Besitzes) findet für den Gewahrsam im Strafrecht keine Anwendung.<sup>35</sup> Jedoch kommt es für die Frage des fehlgeschlagenen Versuchs allein auf die subjektive Vorstellung des Täters an.<sup>36</sup> Hier denkt S – im Zeitpunkt der letzten Ausführungshandlung –, dass K nur schwer verletzt ist und daher noch Gewahrsam an den Tageseinnahmen ausübt und er diesen brechen kann. Ein fehlgeschlagener Versuch liegt nicht vor.

#### c) Beendeter oder unbeendeter Versuch

Die Anforderungen an die Rücktrittsleistung des Täters hängen gem. § 24 Abs. 1 S. 1 StGB davon ab, ob ein beendeter oder ein unbeendeter Versuch vorliegt.<sup>37</sup> Unbeendet ist ein Versuch, wenn der Täter noch nicht alles zur Herbeiführung des tatbestandlichen Erfolges Notwendige getan zu haben glaubt.<sup>38</sup> Beendet ist der Versuch hingegen, wenn der Täter glaubt, bereits alles zur Verwirklichung des Tatbestandes Erforderliche getan zu haben.<sup>39</sup> Maßgeblicher Zeitpunkt ist hierfür die letzte Ausführungshandlung des Täters.<sup>40</sup> Hier

erkennt S nach der Bedrohung der K noch nicht alles Erforderliche getan zu haben, um an die Tageseinnahmen der Mensa zu kommen. Vielmehr müsste er noch in die Handtasche greifen. Mithin ist ein unbeendeter Versuch gegeben.

#### d) Aufgabe der weiteren Ausführung der Tat

Hier hat S die Tageseinnahmen nicht aus der Handtasche der K genommen und damit die weitere Tatausführung aufgegeben.

#### e) Freiwilligkeit

S müsste freiwillig gehandelt haben. Das Merkmal der Freiwilligkeit verlangt einen Rücktritt aus autonomen, sprich selbstgesetzten Motiven.<sup>41</sup> Hier beruht das Verhalten des S auf Mitleid und Reue und damit auf einer autonomen Motivation. Somit hat S freiwillig gehandelt.

Nach einer verbreiteten Literaturmeinung soll die Freiwilligkeit hingegen normativ bestimmt werden.<sup>42</sup> Erforderlich ist eine Rückkehr in die Bahnen des Rechts, die sich durch eine planwidrige Tataufgabe als entscheidendes Kriterium bestimmt.<sup>43</sup> Jedenfalls genügen auch nach dieser Auffassung Mitleid und Reue als aner kennenswerte innere Abstandnahme von der Tat.<sup>44</sup> Folglich liegt auch nach dieser Auffassung ein freiwilliger Rücktritt vor.

Ein Streitentscheid ist nicht erforderlich, da beide Ansichten zu demselben Ergebnis gelangen.

#### 7. Ergebnis

S hat sich nicht gem. §§ 249 Abs. 1, 250 Abs. 2 Nr. 1, 251, 22, 23 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

### II. §§ 253 Abs. 1, 255, 250 Abs. 2 Nr. 1, 251, 22, 23 Abs. 1 StGB

Eine Strafbarkeit des S wegen versuchter schwerer räuberischer Erpressung mit Todesfolge wegen der gleichen Tat handlung scheidet ebenfalls wegen Rücktritts aus.

*Anmerkung 9:* Diejenigen Bearbeiter, die mit der Rechtsprechung den Raub als Spezialfall<sup>45</sup> (Konkurrenzfrage) der räuberischen Erpressung begreifen wollen, sollten dies kurz (im Urteilsstil) dartun. Weitergehende Ausführungen werden nicht erwartet.

### III. § 239 Abs. 1 Var. 2 StGB

S könnte sich einer Freiheitsberaubung gem. § 239 Abs. 1 Var. 2 StGB schuldig gemacht haben, indem er K mittels Vorhalten der Pistole hinderte, den Innenhof der Harzmensa zu verlassen.

<sup>31</sup> Beckemper/Cornelius (Fn. 6), § 24 Rn. 75.

<sup>32</sup> Rengier (Fn. 5), § 7 Rn. 1.

<sup>33</sup> Beckemper/Cornelius (Fn. 6), § 24 Rn. 76.

<sup>34</sup> Wessels/Beulke/Satzger (Fn. 26), Rn. 873.

<sup>35</sup> Jüchser, ZJS 2012, 195 (198).

<sup>36</sup> Rengier (Fn. 8), § 37 Rn. 17; Wessels/Beulke/Satzger (Fn. 26), Rn. 872.

<sup>37</sup> Fischer (Fn. 12), § 24 Rn. 14 ff.

<sup>38</sup> Eser/Bosch (Fn. 11), § 24 Rn. 14.

<sup>39</sup> Rengier (Fn. 8), § 37 Rn. 32.

<sup>40</sup> Wessels/Beulke/Satzger (Fn. 26), Rn. 883a.

<sup>41</sup> Wessels/Beulke/Satzger (Fn. 26), Rn. 902a; Rengier (Fn. 8), § 37 Rn. 91 ff.

<sup>42</sup> Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 30 Rn. 379 f.; Beckemper, JA 2003, 207; Frister, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2015, Kap. 24 Rn. 29.

<sup>43</sup> Roxin (Fn. 42), § 30 Rn. 379.

<sup>44</sup> Roxin (Fn. 42), § 30 Rn. 380.

<sup>45</sup> BGHSt 41, 123 (126).

*1. Tatbestand**a) Objektiver Tatbestand**aa) Taugliches Tatobjekt*

K ist ein Mensch und damit taugliches Tatobjekt.

*bb) Tathandlung: Einsperren*

Fraglich ist, ob S die K eingesperrt hat. Einsperren meint das Festhalten des Betroffenen in einem umschlossenen Raum durch äußere Vorrichtungen, so dass der Betroffene objektiv gehindert ist, sich von diesem Ort fortzubewegen.<sup>46</sup> S hat die K nur mit einer Pistole bedroht. Er hat die K nicht in einem umschlossenen Raum durch äußere Vorrichtungen festgehalten. Der Innenhof der Mensa konnte durch den Lieferantenein- und -ausgang verlassen werden. Ein Einsperren liegt somit nicht vor.

*cc) Tathandlung „auf andere Weise der Freiheit berauben“*

S könnte die K jedoch auf andere Weise der Freiheit beraubt haben. Dies liegt durch jede Handlung vor, welche objektiv die Aufhebung der Fortbewegungsfreiheit bewirkt.<sup>47</sup> S hindert die K durch Bedrohung mit der Pistole ihren Aufenthaltsort zu verlassen. Grundsätzlich wird eine bestimmte Dauer der Freiheitsberaubung nicht vorausgesetzt.<sup>48</sup> Jedoch muss eine Bagatellgrenze überschritten werden. Laut Sachverhalt hat das ganze Geschehen zwei Minuten gedauert. Die Bagatellgrenze dürfte damit überschritten sein. Folglich liegt eine Freiheitsberaubung auf andere Weise vor.

*Anmerkung 10:* Andere Ansicht mit Begründung noch vertretbar.

*b) Subjektiver Tatbestand*

S handelt auch mit dem Wissen und Willen der Tatbestandsverwirklichung.

*2. Rechtswidrigkeit und Schuld*

Rechtfertigungs- und Schuldausschlussgründe sind nicht ersichtlich, sodass S auch rechtswidrig und schuldhaft gehandelt hat.

*3. Ergebnis*

S hat sich gem. §§ 239 Abs. 1 Var. 2 StGB strafbar gemacht.

**IV. § 239 Abs. 1 Var. 2, Abs. 4 StGB**

S könnte sich einer Freiheitsberaubung mit Todesfolge gem. § 239 Abs. 1 Var. 2, Abs. 4 StGB schuldig gemacht haben, indem er K mittels Vorhalten der Pistole hinderte, den Innenhof der Harzmensa zu verlassen.

*1. Verwirklichung des Grundtatbestands*

Wie oben festgestellt, ist der Grundtatbestand der Freiheitsberaubung durch S verwirklicht worden.

*2. Besondere Folge im Sinne des § 239 Abs. 4 StGB**a) Eintritt der besonderen Folge im Sinne des § 239 Abs. 4 StGB*

K ist tot, sodass auch eine besondere Folge im Sinne des § 239 Abs. 4 StGB eingetreten ist.

*b) Spezifischer Gefährdungszusammenhang*

Zwischen der Todesfolge und dem Grundtatbestand besteht ein grundspezifischer Gefährdungszusammenhang, wenn sich die schwere Folge gerade als Resultat der den Grundtatbestand anhaftenden spezifischen Gefahr darstellt.<sup>49</sup> Hierbei geht es vorrangig um den Schutzzweck der Norm unter Berücksichtigung der konkreten Verhaltensweise bei der Tatbegehung. Aus diesem Grund kann der tatbestandspezifische Gefährdungszusammenhang auch als ein Aspekt der objektiven Zurechnung verstanden werden.<sup>50</sup> Entscheidend ist daher, ob sich im Tod der K (= besonderer Erfolg) die typische Gefahr verwirklicht hat, zu deren Verhinderung das konkrete Verhalten durch den Grundtatbestand pönalisiert ist. Es haben sich keine Umstände der Freiheitsberaubung (z.B. Fesselung, Kälte, Wärme oder mangelnde Versorgung mit Nahrung/Wasser) im Tod der K realisiert. Hier hat S lediglich durch den Einsatz der geladenen und entscherten Waffe – mit der die Freiheitsberaubung auf andere Weise erfolgte (siehe oben) – den Tod der K verursacht. Folglich hat sich gerade nicht die der Tat eigentümliche Gefahr im Tod der K realisiert. Der spezifische Gefährdungszusammenhang liegt nicht vor.

*Anmerkung 11:* Andere Ansicht nur sehr schwer und mit ausführlicher Begründung vertretbar. Man müsste dann auf die Tathandlung „auf andere Weise der Freiheit berauben“ mittels Vorhalten der Pistole argumentativ eingehen und sagen, dass sich diese Gefahr im Tod der K verwirklicht hat.

*3. Ergebnis*

S hat sich nicht gem. §§ 239 Abs. 1 Var. 2, Abs. 4 StGB strafbar gemacht.

**V. § 240 Abs. 1 StGB**

S könnte sich einer Nötigung gem. § 240 Abs. 1 StGB schuldig gemacht haben, indem er K mittels Pistole zum Anhalten zwang als auch dazu, zehn m in Richtung des Lieferanteneingangs zu gehen.

<sup>46</sup> Fischer (Rn. 12), § 239 Rn. 7.

<sup>47</sup> Fischer (Rn. 12), § 239 Rn. 8.

<sup>48</sup> Wieck-Noodt, in: Joecks/Miebach (Fn. 13), § 239 Rn. 19; Rengier (Fn. 14), § 22 Rn. 13.

<sup>49</sup> Rengier (Fn. 14), § 22 Rn. 21.

<sup>50</sup> Renzikowski (Fn. 4), § 18 Rn. 12.

1. Tatbestand

a) Objektiver Tatbestand

aa) Nötigungsmittel

Eine Gewaltanwendung liegt nicht vor.<sup>51</sup> Eine Drohung mit einem empfindlichen Übel durch das Vorhalten der Waffe und der damit konkludenten Inaussichtstellung einer Beeinträchtigung des körperlichen Wohlbefindens bzw. des Lebens liegt vor.

bb) Nötigungserfolg

Ein Nötigungserfolg liegt vor. Die K wurde angehalten und bewegte sich 10 m in Richtung des Lieferanteneingangs.

b) Subjektiver Tatbestand

S handelt auch mit dem Wissen und Wollen der Tatbestandsverwirklichung.

2. Rechtswidrigkeit, § 240 Abs. 2 StGB

Die Rechtswidrigkeit ist bei der Nötigung – im Gegensatz zu anderen Straftatbeständen – nicht durch die Verwirklichung des Tatbestandes indiziert, sondern bedarf einer positiven Feststellung.<sup>52</sup> Die Verwerflichkeit kann sich aus dem verfolgten Zweck bzw. dem eingesetzten Mittel allein ergeben, andernfalls aus der Zweck-Mittel-Relation.<sup>53</sup> Rechtsfertigungsgründe greifen nicht ein, demnach muss die Anwendung der Gewalt oder die Androhung des Übels zu dem angestrebten Zweck als verwerflich anzusehen sein. Hier war schon der verfolgte Zweck an sich sozialetisch missbilligenswert. S hielt K an und drängte sie zehn m in Richtung des Lieferanteneingangs, um ihr dort unbeobachtet die Tageseinnahmen aus der Mensa abzunehmen. Die Androhung des Übels war somit verwerflich und damit rechtswidrig.

3. Schuld

S hat auch schuldhaft gehandelt.

4. Ergebnis

S hat sich gem. § 240 Abs. 1, Abs. 2 StGB strafbar gemacht.

VI. § 222 StGB

S könnte sich einer fahrlässigen Tötung gem. § 222 StGB schuldig gemacht haben, indem sich beim Hantieren mit der Pistole ein Schuss löste und dieser K tödlich traf.

1. Tatbestand

Ein Verstoß gegen eine Sondernorm<sup>54</sup>, aus der eine objektive Sorgfaltspflichtverletzung resultiert, liegt nicht vor. Eine solche ist deshalb aus der objektiven Vorhersehbarkeit des Erfolges herzuleiten. Objektiv vorhersehbar ist, was ein umsichtig handelnder Mensch aus dem Verkehrskreis des Täters

unter den jeweiligen Umständen aufgrund der allgemeinen Lebenserfahrung in Rechnung stellen würde.<sup>55</sup> Für einen umsichtig handelnden Menschen aus dem Verkehrskreis des Täters war objektiv erkennbar gewesen, dass sich durch das schnelle und aufgeregte Hantieren („fuchtelte“) mit einer geladenen und entscherten Waffe in kurzer Distanz vor einem anderen Menschen eine Todesgefahr begründen kann. Eine objektive Sorgfaltspflichtverletzung liegt damit vor.

2. Rechtswidrigkeit

S hat auch rechtswidrig gehandelt.

3. Schuld

Eine subjektive Sorgfaltspflichtverletzung bei subjektiver Vorhersehbarkeit des Erfolgs für S liegt vor. S war nach seinen körperlichen und geistigen Fähigkeiten in der Lage vorherzusehen, dass das hektische Hantieren mit einer geladenen und ungesicherten Waffe vor dem Körper der K tödlich enden kann.

4. Ergebnis

S hat sich gem. § 222 StGB strafbar gemacht.

**B. Konkurrenzen zum 1. Tatkomplex**

S hat sich gem. § 240 Abs. 1, Abs. 2 StGB und § 222 StGB strafbar gemacht. Eine Strafbarkeit nach § 239 Abs. 1 Var. 2 StGB entfällt auf Konkurrenzenebene, da die Freiheitsberaubung nur Nötigungsmittel war und keine darüber hinausgehende Funktion innehatte, ihr Unrechtsgehalt also in dem des § 240 Abs. 1 StGB aufgeht.<sup>56</sup>

**2. Tatkomplex – Fehlbuchung**

**A. Strafbarkeit des S**

**I. § 263 Abs. 1 StGB**

S könnte sich eines Betruges gem. § 263 Abs. 1 StGB gegenüber B und zulasten der X-Bank durch Vorlage der Überweisungsformulare schuldig gemacht haben.

1. Tatbestand

a) Objektiver Tatbestand

aa) Problem: Auszahlungsbegehren als Täuschung durch aktives Tun?

In der Vorlage der Überweisungsformulare könnte eine Täuschungshandlung durch aktives Tun zu sehen sein.

Eine Täuschung durch aktives Tun ist die bewusst irreführende Einwirkung auf das Vorstellungsbild eines anderen.<sup>57</sup> Regelmäßig gilt, dass derjenige, der eine Leistung aktiv einfordert – bspw. durch Vorlage der Überweisungsaufträge – und nicht nur entgegennimmt, zugleich behauptet, einen

<sup>51</sup> Siehe oben zum versuchten Raub.

<sup>52</sup> Fischer (Fn. 12), § 240 Rn. 38.

<sup>53</sup> Rengier (Fn. 14), § 23 Rn. 59 ff.

<sup>54</sup> Wessels/Beulke/Satzger (Fn. 26), Rn. 947.

<sup>55</sup> Wessels/Beulke/Satzger (Fn. 26), Rn. 940.

<sup>56</sup> Fischer (Fn. 12), § 239 Rn. 18; Steinberg/Stam, ZJS 2011, 539 (543).

<sup>57</sup> Rengier (Fn. 5), § 13 Rn. 9; Kühl (Fn. 11), § 263 Rn. 6; Fischer (Fn. 12), § 263 Rn. 14.

Anspruch auf diese Leistung zu haben. Dem BGH zufolge, können Behauptungen über Rechte jedoch nur dann Gegenstand einer Täuschungshandlung sein, wenn sie zugleich auch Tatsachenbehauptungen enthalten.<sup>58</sup> Das Konto des S weist ein Guthaben von 1.022,75 € auf, eine Tatsache. Dementsprechend würde S den B nur dann täuschen, wenn er bezüglich seines Guthabens nicht verfügungsbefugt wäre, ihm also kein Anspruch zusteht.

*(1) Frühere Rechtsprechung – keine Berechtigung des Kontoinhabers*

Ursprünglich wurde seitens der Rechtsprechung und weiten Teilen der Literatur<sup>59</sup> zwischen Fehlbuchung und Fehlüberweisung differenziert. Während der Kontoinhaber bei einer Fehlüberweisung einen Auszahlungsanspruch gegenüber seiner Bank erwarb, erhielt er diesen bei einer Fehlbuchung nicht. Begründet wurde dies damit, dass bei einer Fehlbuchung das Verhältnis zwischen Bank und Kunden betroffen sei. Der Bank stehe ein Stornorecht zu, wodurch der Irrtum leicht rückgängig zu machen sei. Dementsprechend entstehe erst gar kein Anspruch auf den fehlerhaft gutgeschriebenen Betrag. Verfügt der Kontoinhaber dennoch in Kenntnis des Fehlers darüber, bspw. durch einen Überweisungsauftrag, täusche er konkludent darüber, dass sein Kontostand mit der materiellen Rechtslage übereinstimme, ihm das Guthaben zustehe und er darüber verfügen dürfe.<sup>60</sup> Hiernach hätte S den B durch die Vorlage der Überweisungsaufträge getäuscht.

*Anmerkung 12:* Auf die frühere Rspr. muss nicht zwingend eingegangen werden.

*(2) Rechtsprechungswechsel – Berechtigung des Kontoinhabers*

Demgegenüber wird heute die Auffassung vertreten, dass auch bei einer Fehlbuchung der Kontoinhaber berechtigt ist, über das Guthaben zu verfügen, also einen Anspruch auf Auszahlung oder Übertragung erwerbe.<sup>61</sup> Aus dem Zahlungsdiensterahmenvertrag, § 675f BGB (ehemals Girovertrag), folge das Versprechen der Bank gegenüber dem Kunden, eingehende Buchungen dem Konto gutzuschreiben (Anspruch auf Gutschrift) und die dem Konto gutgeschriebenen Beträge abstrakt zuschulden (Anspruch aus der Gutschrift, § 780 BGB).<sup>62</sup> Die Gutschrift ist zwar materiell unrichtig, der Anspruch entsteht dennoch aufgrund des abstrakten Schuldversprechens.<sup>63</sup> Dementsprechend ist der Bankkunde auch

über die fehlerhafte Gutschrift verfügungsbefugt. Gerade das Stornorecht belege, dass dem Kunden ein Zahlungsanspruch zusteht, solange die Bank von ihrem Stornorecht keinen Gebrauch macht.<sup>64</sup> Indem S dem B die Überweisungsaufträge vorlegt, erklärt er konkludent bezüglich seines Kontoguthabens verfügungsbefugt zu sein. Diese Behauptung ist auch nicht unwahr, da S tatsächlich einen Zahlungsanspruch erworben hat. Somit liegt nach der Rspr., der die Lehre weitestgehend zustimmt<sup>65</sup>, keine Täuschung vor.

*Anmerkung 13:* Gegen den Erwerb eines Anspruchs wird vereinzelt angeführt: Mit Treu und Glauben ließe sich argumentieren, dass nicht jede formal bestehende Rechtsposition auch ohne weiteres genutzt werden darf. Dies wird insbesondere dann angenommen, wenn der Anspruchsinhaber den Betrag umgehend wieder zurückzuerstatten hätte: *dolo agit, qui petit, quod statim redditurus est* (böswillig handelt, wer fordert, was sofort zurückgegeben werden muss).<sup>66</sup>

*Anmerkung 14:* Wurde der wirksame Anspruch des S nicht erkannt oder abgelehnt, sind auch die folgenden Argumentationen vertretbar:

1. Selbst, wenn S keinen Anspruch gegenüber der Bank hätte, würde er nicht konkludent durch die Vorlage des Überweisungsauftrages täuschen. Es fehlt bereits an einer Tatsachenbehauptung.<sup>67</sup> Der Erklärungsinhalt des Überweisungsauftrages erschöpft sich lediglich „in dem Begehren auf Durchführung der gewollten Transaktion“ im Rahmen der vertraglichen Vereinbarung.<sup>68</sup> Ob die Durchführung möglich ist, ergibt eine Überprüfung der Bank, die zur Führung des Kontos und der ordnungsgemäßen Buchung von Last- und Gutschriften gem. § 676f BGB verpflichtet ist.<sup>69</sup> Das Ausführungsrisiko liegt damit bei der Bank.

2. Vertretbar ist auch, den Punkt des Ausführungsrisikos der Bank in den Irrtum zu verlagern. Dann könnte eine Täuschung vertretbar mit der Argumentation bejaht werden, dass die Überweisungsaufträge die Tatsachenbehauptung enthalten, dass Konto sei ausreichend gedeckt und es bestünden keine Rückforderungsansprüche. Hierüber müsste bei B ein Irrtum erregt werden können. Gemäß § 676f BGB zählt zu den Pflichten einer Bank sowohl die Kontoführung als auch die ordnungsgemäße Buchung von Last- und Gutschriften. Die Bank trägt damit

<sup>58</sup> BGHSt 46, 196 (198 ff.).

<sup>59</sup> Vgl. *Wessels/Hillenkamp* (Fn. 5), Rn. 497.

<sup>60</sup> OLG Köln JR 1961, 433; OLG Stuttgart JR 1979, 471; OLG Celle StV 1994, 188; OLG Frankfurt NStZ-RR 1998, 333; *Perron*, in: Schönke/Schröder (Fn. 2), § 263, 16c; *Tröndle/Fischer*, Strafrechtsgesetzbuch und Nebengesetze, 49. Aufl. 1999, § 263 Rn. 34.

<sup>61</sup> BGHSt 39, 392 (396); 46, 196 (198 ff.).

<sup>62</sup> BGHSt 39, 392 (396); 46, 196 (198 ff.); *Siller/Kohlhase*, BGH EWiR 2001, 595; *Hefendehl*, NStZ 2001, 281.

<sup>63</sup> *Siller/Kohlhase*, BGH EWiR 2001, 595.

<sup>64</sup> BGHSt 46, 196 (198 ff.); *Perron* (Fn. 60), § 263 Rn. 16c; *Rengier* (Fn. 5), § 13 Rn. 24.

<sup>65</sup> *Hefendehl*, NStZ 2001, 281; *Kracke*, JR 2002, 25; a.A. *Ranft*, JuS 2001, 854 ff., der eine konkludente Täuschung darin sieht, dass der Kunde impliziert erklärt, die Gutschrift beruhe auf einem ordnungsgemäßen Buchungsvorgang und nicht auf einer Fehlbuchung.

<sup>66</sup> *Joerden*, JZ 2001, 614 (615).

<sup>67</sup> Vgl. BGHSt 46, 196 (198 ff.); *Perron* (Fn. 60), § 263 Rn. 16c; *Kracke*, JR 2002, 25.

<sup>68</sup> BGHSt 46, 196 (199); *Hefendehl*, NStZ 2001, 281 (283).

<sup>69</sup> BGHSt 46, 196 (198 ff.); BGH NJW 2001, 453.



das Ausführungsrisiko.<sup>70</sup> Zwar erfolgen auch Abbuchungen ohne entsprechende Kontodeckung, diese sind in der Bankpraxis aber nicht unüblich. Dispositionskredite werden eingeräumt oder auch die Überziehung geduldet.<sup>71</sup> Die Ausführung der Überweisungsaufträge hängt damit von der Überprüfung der Bank ab.<sup>72</sup> Diese Kontenprüfung ist allgemein üblich und auch allgemein bekannt. Damit kann der Bankangestellte gerade nicht über die Kontodeckung getäuscht werden.<sup>73</sup> Keine Gedanken macht sich der Bankangestellte dagegen über die Berechtigung des Kontoinhabers hinsichtlich seines Guthabens.<sup>74</sup> Weist das Konto Guthaben auf, ist der Bankkunde auch diesbezüglich verfügungsbefugt.

*bb) Zwischenergebnis*

Damit scheidet eine Täuschung durch aktives Tun aus.

*2. Ergebnis*

S hat sich nicht gem. § 263 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

**II. §§ 263 Abs. 1, 13 StGB**

*Anmerkung 15:* Ob Betrug durch Unterlassen begangen werden kann, muss nicht diskutiert werden.

S könnte sich jedoch eines Betruges durch Unterlassen gem. §§ 263 Abs. 1, 13 StGB gegenüber B und zulasten der X-Bank schuldig gemacht haben, indem er es unterließ, den B bezüglich der Fehlbuchung aufzuklären.

*1. Tatbestand*

*a) Objektiver Tatbestand*

*aa) Irrtum*

Bei B müsste ein Irrtum vorliegen. Ein Irrtum ist die Fehlvorstellung über Tatsachen.<sup>75</sup> B irrte hier über die Einredefreiheit der dem Konto des S gutgeschriebenen 1.000 €.

*bb) Problem: Aufklärungspflicht – Täuschung durch Unterlassen*

Hätte S den B darauf hingewiesen, dass es sich bei der Gutschrift um eine Fehlbuchung handelt und der X-Bank ein Stornierungsrecht<sup>76</sup> zusteht, wäre der Irrtum vermieden worden. Somit war das Unterlassen der Aufklärung kausal für das Fortbestehen des Irrtums.

*Anmerkung 16:* Differenzierte Auseinandersetzungen werden nur von besseren Kandidaten erwartet. Dementspre-

chend sollte Nachsicht bei schwächeren Kandidaten geübt werden.

Allerdings ist das Ausnutzen eines bestehenden Irrtums nur strafbar, wenn der Täter zur Aufklärung – hier über das Stornierungsrecht der X-Bank – verpflichtet ist. S müsste insoweit Garant im Sinne des § 13 StGB für das Vermögen der X-Bank gewesen sein.

*Anmerkung 17:* Wurde der wirksame Anspruch des S nicht erkannt oder abgelehnt, bezieht sich die Aufklärungspflicht auf das nicht Bestehen des Guthabens.

*(1) Ingerenz*

Eine Garantenstellung und damit Aufklärungspflicht könnte für S zunächst aus Ingerenz folgen. Dann müsste S an der Schaffung der durch die versehentliche Gutschrift entstandenen Gefahrenlage beteiligt gewesen sein. Die Kontoführung oblag jedoch der X-Bank. Auch fehlt es an einem pflichtwidrigen Vorverhalten des S. S nutzt lediglich die geschaffene Lage zu seinen Gunsten aus, sodass ihn auch keine Offenbarungspflicht aus Ingerenz trifft.

*Anmerkung 18:* Wurde der wirksame Anspruch des S nicht erkannt oder abgelehnt, ließe sich auch argumentieren, dass erst durch den in Kenntnis der Umstände geforderten Überweisungsvorgang die Gefahrenlage geschaffen wurde.<sup>77</sup> Der Bankangestellte wäre dann durch Prüfung des inhaltlich falschen Kontoblatts dem Irrtum verfallen, dass der Kunde über den Betrag verfügen könne. Eine Aufklärungspflicht aus Ingerenz ließe sich damit begründen, dass S in der Ausnutzung der Fehlbuchung ein pflichtwidriges Vorverhalten zur Last gelegt werden kann.<sup>78</sup> Anschließend wäre zu diskutieren, ob eine Vermögensverfügung durch B vorliegt. Diese müsste in der Ausführung der Überweisungsaufträge zu sehen sein. Problematisch diesbezüglich ist, dass bereits durch die Gutschrift eine konkrete Vermögensgefährdung gegeben ist. Dementsprechend könnten die Überweisungsaufträge nur als Schadensvertiefung angesehen werden. Zu diskutieren wären diesbezüglich das Stornierungsrecht und die Möglichkeit der Uneinbringlichkeit der Forderung.<sup>79</sup> Im Ergebnis sprechen die Argumente für eine Verneinung des Betruges. Eine andere Ansicht ist vertretbar.<sup>80</sup>

*(2) Zahlungsdiensterahmenvertrag, § 675f Abs. 2 BGB (ehemals Girovertrag)*

Der Zahlungsdiensterahmenvertrag müsste ein besonderes Vertrauensverhältnis begründen aus dem eine Einstands-

<sup>70</sup> BGHSt 39, 392 (398).

<sup>71</sup> BGHSt 46, 196 (198 f.).

<sup>72</sup> BGH StV 2000, 477 (478); Rengier (Fn. 5), § 13 Rn. 25.

<sup>73</sup> Joerden, JZ 2001, 614; Perron (Fn. 60), § 263 Rn. 16c.

<sup>74</sup> Rengier (Fn. 5), § 13 Rn. 25; Perron (Fn. 60), § 263 Rn. 16c.

<sup>75</sup> Rengier (Fn. 5), § 13 Rn. 39.

<sup>76</sup> Joerden, JZ 2001, 614.

<sup>77</sup> Vgl. Joerden, JZ 2001, 614 (615).

<sup>78</sup> Vgl. Joerden, JZ 2001, 614 (615); a.A. Ranft, JuS 2001, 854 (857) Der Irrtum habe sich nicht auf Rechte, also nicht auf das vermeintliche Guthaben, sondern auf Tatsachen zu beziehen.

<sup>79</sup> Hefendehl, NStZ 2001, 281 (284).

<sup>80</sup> Ranft, JuS 2001, 453 (454).

pflicht des S für das Vermögen der Bank entsteht. Ein entsprechendes besonderes Vertrauensverhältnis liegt vor, wenn nach den Gepflogenheiten des Geschäftsverkehrs die Verantwortlichkeit für das Unwissenheitsrisiko nicht allein bei dem anderen Vertragspartner liegen soll. In einem solchen Fall müssen dem Vertragspartner auch ungefragt alle entscheidungserheblichen Umstände offengelegt werden.<sup>81</sup>

Bei einem (normalen) Zahlungsdiensterahmenvertrag handelt es sich um einen besonderen Fall eines Geschäftsbesorgungsvertrages gem. § 675 BGB, der die Bank zur Kontoführung durch Abwicklung der Gut- und Lastschriften verpflichtet (vgl. § 675f Abs. 1 BGB). Für den Kunden liegt dagegen die vertragliche Hauptpflicht darin, die Kontoführungsgebühren zu entrichten, § 676f BGB. Als Hauptpflicht liegt dem Zahlungsdiensterahmenvertrag damit gerade keine Informationspflicht zugrunde. Es handelt sich vielmehr um ein gewöhnliches Leistungsaustauschverhältnis.<sup>82</sup> Der Kunde vertraut sich im Rahmen des Zahlungsdiensterahmenvertrags gerade nicht dem Sachverstand des Bankangestellten an, wie es bspw. bei Vermögensberatern, Steuerberatern oder Rechtsanwälten der Fall ist.<sup>83</sup> Hinzu kommt, dass S seitens der X-Bank noch nicht einmal ein Dispositionskredit eingeräumt wurde. Dies verstärkt den Eindruck, dass kein besonderes Vertrauensverhältnis vorliegt.<sup>84</sup>

Auch aus den vertraglich anhaftenden Nebenpflichten ergibt sich keine andere Beurteilung.<sup>85</sup>

Ebenso wenig kann sich aus den Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) eine Offenbarungspflicht ergeben. Zwar werden dem Kunden regelmäßig in AGB Informationspflichten auferlegt, diese begründen aber keine Aufklärungspflicht im Sinne einer Garantienpflicht.<sup>86</sup> Erforderlich hierfür wäre, dass der Bankkunde im Sinne einer tatsächlichen Gewährübernahme deutlich macht, dass ihm diese Pflicht bewusst ist. Voraussetzung hierfür wäre also eine einzelvertragliche Abmachung. Diese ist hier nicht ersichtlich. Folglich scheidet auch eine Aufklärungspflicht aus vertraglicher Beziehung aus.

### (3) *Treu und Glauben, § 242 BGB*

Allerdings könnte sich aus dem Grundsatz von Treu und Glauben eine strafbewerte Aufklärungspflicht ergeben, den Vertragspartner auf Umstände hinzuweisen, die für ihn von besonderer Bedeutung sind. Dies könnte insbesondere dann anzunehmen sein, wenn dem Vertragspartner ohne eine solche Aufklärung ein erheblicher Schaden droht. Der X-Bank droht ein Schaden i.H.v. 1.000 €. Zwar handelt es sich bei diesem Betrag um keine geringe Summe, sie stellt aber keinen erheblichen Schaden für eine Bank dar. Des Weiteren beurteilt sich die Garantienpflicht nicht nach der Höhe des Schadens, da es unerheblich ist, ob der Schaden klein oder

groß ist, wenn das Verschweigen einer Tatsache zur Selbstschädigung des Vertragspartners führt. Maßgeblich ist vielmehr die Eigenart der Rechtsbeziehung.<sup>87</sup> Voraussetzung ist ein besonderes Vertrauensverhältnis oder eine dauerhafte enge Geschäftsbeziehung.<sup>88</sup> Wie soeben festgestellt, weist das Rechtsverhältnis zwischen S und der X-Bank kein besonderes Vertrauensverhältnis auf. Auch dürfte bei einem normalen Zahlungsdiensterahmenvertrag die Dauer der Geschäftsbeziehung keine Rolle spielen, da es hier zumindest an dem Merkmal „enge Geschäftsbeziehung“ fehlen wird.

*Anmerkung 19:* Der BGH ist von dem Grundsatz Treu und Glauben aufgrund der Konturlosigkeit weitestgehend abgerückt.<sup>89</sup> Auch in der Lit. wird die Ansicht vertreten, dass es eines Rückgriffs auf § 242 BGB nicht bedarf. Nur vertragliche Beziehungen, denen ein besonderes Vertrauensverhältnis zugrunde liege, können überhaupt eine Garantienpflicht auslösen. In einem solchen Fall folge die Garantienpflicht aber aus der tatsächlichen Übernahme der Schutzposition.<sup>90</sup>

### bb) *Zwischenergebnis*

Damit scheidet eine Täuschung durch Unterlassen aus.

### 2. *Ergebnis*

S hat sich nicht gem. §§ 263 Abs. 1, 13 StGB strafbar gemacht.

### III. § 266 Abs. 1 Var. 1 und 2 StGB

S könnte sich der Untreue gem. § 266 Abs. 1 Var. 1 und 2 StGB schuldig gemacht haben, indem er über die Kontogutschrift verfügte, Überweisungen durchführen ließ und Geld abhob.

#### 1. *Tatbestand*

##### a) *Objektiver Tatbestand*

##### aa) § 266 Abs. 1 Var. 1: *Missbrauchstatbestand*

S müsste zunächst eine Verfügungs- oder Verpflichtungsbefugnis gegenüber der Bank innegehabt haben. Gemeint ist hiermit eine Rechtsstellung, die die Befugnis beinhaltet, über fremdes Vermögen zu verfügen oder einen anderen zu verpflichten und damit den Täter nach außen in den Stand setzt, Vermögensrechte eines anderen wirksam zu ändern, zu übertragen oder aufzuheben oder ihn mit Verbindlichkeiten zu belasten.<sup>91</sup> S und die X-Bank haben einen Zahlungsdiensterahmenvertrag geschlossen. Hierbei handelt es sich um einen besonderen Geschäftsbesorgungsvertrag im Sinne des § 675 BGB bei dem die Bank Vermögensinteressen des Kunden

<sup>81</sup> Rengier (Fn. 5), § 13 Rn. 29.

<sup>82</sup> BGHSt 46, 196 (203).

<sup>83</sup> Perron (Fn. 60), § 263, 22; Hefendehl, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 5, 2. Aufl. 2014, § 263, Rn. 163.

<sup>84</sup> BGHSt 46, 196 (203).

<sup>85</sup> Vgl. BGHSt 39, 392 (400).

<sup>86</sup> BGHSt 46, 196 (203).

<sup>87</sup> Vgl. BGHSt 39, 392 (401).

<sup>88</sup> BGHSt 46, 196; BGH wistra 2000, 419; Hefendehl (Fn. 83), § 263, Rn. 163.

<sup>89</sup> BGHSt 39, 392 (401).

<sup>90</sup> Otto, Grundkurs Strafrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2004, § 9 Rn. 72.

<sup>91</sup> Perron (Fn. 60), § 266 Rn. 4; Fischer (Fn. 12), § 266 Rn. 9.

wahrnimmt.<sup>92</sup> Dabei obliegt der Bank eine Verfügungs- oder Verpflichtungsbefugnis. Zwar sind auch dem Kunden Verfügungs- bzw. Verfügungsbefugnisse verliehen, diese aber ausschließlich in seinem eigenen Interesse. Der Kunde verfügt durch Überweisungsaufträge und Bargeldabhebung über sein eigenes Vermögen soweit eine Kontodeckung vorliegt. Ist diese nicht gegeben, verfügt der Kunde zwar über fremdes Vermögen, eine Befugnis hierzu ist ihm aber nicht eingeräumt.

Überweisungsaufträge und Barabhebungen betreffen nur das reine Innenverhältnis zwischen Bank und Kunden. Ein Handeln im Rahmen des rechtlichen „Könnens“ im Verhältnis zu einem Dritten liegt gerade nicht vor. Folglich besteht kein Rechtsverhältnis im Sinne des § 266 Abs. 1 Var. 1 StGB.

*bb) § 266 Abs. 1 Var. 2: Treubruchtatbestand*

Fraglich ist, ob S den Treubruchtatbestand erfüllt haben könnte. Dieser setzt zunächst eine Vermögensbetreuungspflicht voraus.<sup>93</sup> Darunter versteht man die Pflicht, fremde Vermögensinteressen wahrzunehmen.<sup>94</sup> Beim Zahlungsdienstvertragsvertrag nimmt zwar die Bank Vermögensinteressen des Kunden wahr, aber nicht umgekehrt. Den Kunden trifft lediglich die Pflicht, die vereinbarten Kontoführungsgebühren und eventuelle Aufwandsentschädigungen zu zahlen. Insoweit fehlt es in der Beziehung zwischen Kunden und Bank an der notwendigen Fremdnützigkeit.<sup>95</sup> Eine fremdnützige Vermögensbetreuungspflicht des S gegenüber der X-Bank besteht damit nicht.

*b) Zwischenergebnis*

Der objektive Tatbestand ist nicht erfüllt.

*2. Ergebnis*

S hat sich nicht gem. § 266 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

**IV. § 263a Abs. 1 StGB**

S könnte sich des Computerbetruges gem. § 263a Abs. 1 Var. 3 StGB schuldig gemacht haben, indem er sich am Automaten der X-Bank die restlichen 430 € auszahlen ließ.

*1. Tatbestand*

*a) Objektiver Tatbestand*

S müsste hierfür Daten unbefugt verwendet haben. Wann Daten unbefugt verwendet werden, ist strittig.

*aa) Problem: unbefugte Verwendung?*

*(1) Computerspezifische Auslegung*

Nach dieser Auslegung ist die Datenverwendung unbefugt, wenn sie im Widerspruch zum Willen des Betreibers steht, der sich in der konkreten Programmgestaltung niedergeschla-

gen haben muss.<sup>96</sup> Hier hat S seine Bankkarte der X-Bank in den Geldautomaten eingeschoben, sowie die dazugehörige Geheimnummer richtig eingegeben. Da, und nur hierauf kommt es an, der Missbrauch durch den kontenüberziehenden Berechtigten keinen Niederschlag im Programmcode findet,<sup>97</sup> liegt nach der computerspezifischen Auffassung keine unbefugte Verwendung von Daten durch S vor.

*(2) Subjektive Auslegung*

Nach einer subjektiven Ansicht ist jede Datenverwendung „unbefugt“, die dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen des Verfügungsberechtigten widerspricht.<sup>98</sup> Neben S ist auch die X-Bank Verfügungsberechtigte der Datenverarbeitungsanlage (Geldautomat), sodass es auch auf ihren mutmaßlichen Willen ankommt. Nach der subjektivierenden Deutung liegt auch eine unbefugte Verwendung vor, wenn die Verwendung dem „vertraglich vereinbarten Dürfen“ widerspricht.<sup>99</sup> Ein solcher Widerspruch könnte darin zu sehen sein, dass S bei einer Stornierung der Fehlbuchung sein Konto überziehen würde, da ihm auch kein Dispositionskredit eingeräumt ist. Eine Stornierung ist aber noch nicht erfolgt. Auch hat S einen Anspruch auf Auszahlung erworben, sodass auch kein Überschreiten des rechtlich vereinbarten Dürfens vorliegt. Damit ist nach dieser Lesart der subjektiven Auffassung die Datenverwendung von S auch nicht unbefugt.

*(3) Betrugsspezifische Auslegung*

Unbefugt ist jede Verwendung von Daten, wenn sie täuschungsäquivalent ist. Eine Täuschungsäquivalenz liegt vor, wenn das Täterverhalten bei Hinzudenken eines Menschen eine ausdrückliche oder konkludente Täuschung darstellt.<sup>100</sup> Die Bargeldabhebung unterscheidet sich von den Überweisungsaufträgen insoweit, als dass der Bank die Möglichkeit der Schadensabwendung aus der Hand genommen und ihr Verlustrisiko damit gesteigert wird.<sup>101</sup> Dennoch liegt, wie oben dargestellt, weder eine Täuschung durch aktives Tun, noch durch Unterlassen vor. S hat einen Anspruch auf die Gutschrift und darf sich diese auch auszahlen lassen. Eine Täuschung liegt hiernach nicht vor.

Die neuere Rechtsprechung des BGH – die sich formal auch der betrugsspezifischen Auslegung angeschlossen hat – stellt ebenso darauf ab, dass bei dem fiktiven Prüfungsvorgang

<sup>92</sup> BGHSt 24, 386 (387).

<sup>93</sup> Rengier (Fn. 5), § 18 Rn. 15.

<sup>94</sup> Dierlamm, in: Joecks/Miebach (Fn. 13), § 266 Rn. 40; Perron (Fn. 60), § 266 Rn. 11.

<sup>95</sup> Vgl. Perron (Fn. 60), § 266 Rn. 2.

<sup>96</sup> Lenckner/Winkelbauer, CR 1986, 654 (657); Altenhain, JZ 1997, 752 (758); Achenbach, JR 1994, 289 (295); Achenbach, in: Dölling/Erb (Hrsg.), Festschrift für Karl Heinz Gössel zum 70. Geburtstag, 2002, S. 481 (494 f.).

<sup>97</sup> Wessels/Hillenkamp (Fn. 2), Rn. 613.

<sup>98</sup> Hilgendorf, JuS 1997, 130 (132); Mitsch, JZ 1994, 877 (883); Scheffler/Dressel, NJW 2000, 2645 (2646) auch noch BGHSt 40, 331 (334 f.).

<sup>99</sup> Wessels/Hillenkamp (Fn. 2), Rn. 613.

<sup>100</sup> Rengier (Fn. 5), § 14, Rn. 19; Wessels/Hillenkamp (Fn. 2), Rn. 613; BGH NJW 2013, 1017 (1018); OLG Karlsruhe NJW 2009, 1287 (1288); OLG Düsseldorf NSStz-RR 1998, 137.

<sup>101</sup> Wessels/Hillenkamp (Fn. 2), Rn. 509.

des Bankmitarbeiters nur dieselben Aspekte abgefragt würden, wie es an einem Geldautomat der Fall wäre (Bankkarte und richtige Geheimnummer).<sup>102</sup> Damit liegt auch hiernach keine Täuschung vor.

Die jeweiligen Auslegungen kommen zum gleichen Ergebnis, sodass eine Stellungnahme entbehrlich ist.

#### bb) Andere Tatvarianten

Auch andere Tatvarianten des Computerbetrugs sind nicht einschlägig.

#### b) Zwischenergebnis

Der objektive Tatbestand ist nicht erfüllt.

#### 2. Ergebnis

S hat sich nicht gem. §§ 263a Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

### V. § 242 Abs. 1 StGB

*Anmerkung 20:* Bei Überweisungsbeträgen handelt es sich um Buchungsposten, also Daten und nicht um einen körperlichen Gegenstand, weshalb Diebstahl und Unterschlagung mangels tauglichen Tatobjekts ausscheiden. Dementsprechend kann nur auf das ausgezahlte Geld abgestellt werden.

S könnte sich des Diebstahls gem. § 242 Abs. 1 StGB schuldig gemacht haben, indem er sich am Automaten der X-Bank die restlichen 430 € auszahlen ließ.

#### 1. Tatbestand

##### a) Objektiver Tatbestand

Die Geldscheine – bewegliche Sachen – müssten dann im Zeitpunkt der Entnahme durch S für diesen fremd gewesen sein. Fremd ist eine Sache, wenn sie zumindest auch im Eigentum einer anderen Person steht und nicht herrenlos ist.<sup>103</sup> Die Geldscheine standen im Eigentum der X-Bank. Die Bank könnte das Eigentum aber durch Einigung und Übergabe im Sinne des § 929 S. 1 BGB an S verloren haben. Unbeachtlich ist, ob man vertritt, dass die Bank nur an den Kontoinhaber persönlich übereignen möchte<sup>104</sup> oder an jeden, der eine Bankkarte in den Automaten einführt und die dazugehörige richtige Geheimnummer eingibt<sup>105</sup>. Bei S handelt es sich um den Kontoinhaber, sodass er auch das Angebot auf Übereig-

nung der Geldscheine annehmen konnte. Unbeachtlich ist in diesem Zusammenhang ebenso, ob die Übereignung mit oder ohne Rechtsgrund erfolgte. Das Verfügungsgeschäft ist als solches wirksam. Folglich fehlt es an der Fremdheit der Geldscheine.

#### b) Zwischenergebnis

Der objektive Tatbestand ist nicht erfüllt.

#### 2. Ergebnis

S hat nicht gem. § 242 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

### VI. § 246 Abs. 1 StGB

Eine Strafbarkeit des S gem. § 246 Abs. 1 StGB durch Abheben und Ausgeben der 430 € scheidet ebenfalls an der mangelnden Fremdheit des Geldes.

### B. Konkurrenzen zum 2. Tatkomplex

S ist straffrei.

### 3. Tatkomplex – Strafverfahren vor dem Landgericht Halle

#### A. Strafbarkeit der G

*Anmerkung 21:* Hier hat die Prüfung mit G als der Tatnächsten zu beginnen, da dies ebenfalls Auswirkungen auf die Strafbarkeit des S hat. Es kann ebenso mit der Prüfung von § 153 StGB begonnen werden und in der anschließenden Prüfung von § 154 StGB nach oben verwiesen werden.

#### I. § 154 Abs. 1 StGB

G könnte sich eines Meineides schuldig gemacht haben, indem sie vor dem Landgericht aussagte, dass S sich zum Tatzeitpunkt in Leipzig aufhielt und dies beschworen hat.

#### 1. Tatbestand

##### a) Objektiver Tatbestand

##### aa) Problem: Falsche Aussage?

G ist als Zeugin taugliche Täterin und hat vor dem Landgericht Halle als zuständiger Stelle ausgesagt. G müsste aber auch falsch ausgesagt haben. Wann eine Aussage falsch ist, ist umstritten.

##### (1) Subjektive Theorie

Nach der subjektiven Theorie ist eine Aussage falsch, wenn sie vom Vorstellungsbild und Wissen des Täters abweicht.<sup>106</sup> G weiß genau, dass S zum Tatzeitpunkt gerade nicht in Leipzig war. Damit liegt nach dieser Auffassung eine falsche Aussage vor.

<sup>102</sup> BGHSt 47, 160 (163 f.) und BGH, Beschl. v. 16.7.2015 – 2 StR 15/15, Rn. 10 (juris).

<sup>103</sup> Kindhäuser, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 3, 5. Aufl. 2017, § 242 Rn. 15; Eser/Bosch (Fn. 11), § 242 Rn. 12; Fischer (Fn. 12) § 242 Rn. 5.

<sup>104</sup> In diesem Sinne OLG Stuttgart NJW 1987, 666; LG Wiesbaden NJW 1989, 2551 (2552); Ranft, JR 1989, 165; BGHSt 35, 152 (161).

<sup>105</sup> Spahn, Jura 1989, 513 (517 ff.); OLG Schleswig NJW 1986, 2652; OLG Hamburg NJW 1987, 336 (336 f.).

<sup>106</sup> OLG Bremen NJW 1960, 1827.

(2) *Objektive Theorie*

Nach der objektiven Theorie ist eine Aussage falsch, wenn sie mit dem objektiven Geschehen nicht übereinstimmt.<sup>107</sup> Hier war S am Tattag nicht in Leipzig. Somit liegt auch nach dieser Auffassung eine falsche Aussage vor.

(3) *Pflichttheorie*

Nach der vermittelnden Pflichttheorie ist eine Aussage falsch, wenn ein Widerspruch zwischen Wort und Pflicht (Pflicht meint nachzudenken, was man zu sagen hat) besteht.<sup>108</sup> G hat ausgesagt, dass S am Tattag in Leipzig war. Somit hat G ihr Erlebnisbild nicht richtig wiedergegeben und damit ihre Aussagepflicht verletzt. Folglich ist die Aussage falsch.

Nach allen Ansichten liegt eine falsche Aussage vor. Ein Streitentscheid ist nicht notwendig.

bb) *Schwören*

G hat ihre Aussage auch beeidigt.

b) *Subjektiver Tatbestand*

G hat vorsätzlich gehandelt.

2. *Rechtswidrigkeit*

G müsste aber auch rechtswidrig gehandelt haben. Als Rechtfertigungsgrund könnte jedoch die Notstandshilfe gem. § 34 S. 1 StGB in Betracht kommen.

a) *Problem: Notstandslage – Notstandsfähiges Rechtsgut?*

Es müsste zunächst eine gegenwärtige Gefahr vorliegen. Eine Gefahr ist ein Zustand, bei dem es nach den konkreten tatsächlichen Umständen wahrscheinlich ist, dass es zum Eintritt eines schädigenden Ereignisses kommt.<sup>109</sup> Als notstandsfähiges Rechtsgut kommt hier die Fortbewegungsfreiheit/Freiheitsinteresse des S in Betracht. S droht aufgrund des zu erwartenden Urteils im Strafverfahren vor dem Landgericht Halle eine Freiheitsentziehung. Eine gegenwärtige Gefahr liegt damit vor. Daran ändert auch nichts, dass der Schaden erst nach Ablauf einer gewissen Zeit, d.h. nach Abschluss des rechtskräftigen Verfahrens, droht.

Fraglich ist, ob dieses Rechtsgut im konkreten Fall auch schutzbedürftig ist. Die Freiheitsstrafe droht in einem rechtlich geordneten Verfahren angeordnet zu werden.

aa) *Keine Schutzbedürftigkeit*

Eine Ansicht will die Schutzbedürftigkeit der Fortbewegungsfreiheit für den Fall verneinen, in dem eine Bedrohung durch ein staatliches Strafverfahren droht und damit die Wertein-

buße von Rechts wegen hinzunehmen ist.<sup>110</sup> Ein notstandsfähiges Rechtsgut liegt damit nicht vor. Folglich liegt nach dieser Auffassung keine Notstandslage vor. Somit scheidet eine Rechtfertigung gem. § 34 S. 1 StGB aus.

bb) *Schutzbedürftigkeit*

Eine andere Ansicht sieht die Fortbewegungsfreiheit grundsätzlich als schutzbedürftiges und damit notstandsfähiges Rechtsgut an.<sup>111</sup> Eine gegenwärtige Gefahr für die Fortbewegungsfreiheit des S liegt damit vor.

cc) *Stellungnahme*

Für die letztgenannte Ansicht spricht zunächst der Wortlaut von § 34 S. 1 StGB, der die Freiheit explizit als Rechtsgut benennt und keine Einschränkung der Schutzwürdigkeit für den Fall vorsieht, dass die Freiheitsentziehung auf Grund eines rechtmäßigen Hoheitsakts (z.B. Strafurteil, Haftbefehl usw.) erfolgt.<sup>112</sup> Zudem können über die Kriterien der „Interessenabwägung“ oder „Angemessenheit des Mittels“ die Fälle der Freiheitsentziehung auf Grund eines Hoheitsakts adäquat gelöst werden. Damit wird der letztgenannten Ansicht gefolgt und die abstrakte Schutzbedürftigkeit des Rechtsguts bejaht.

*Anmerkung 22:* Andere Ansicht mit Begründung gut vertretbar.

b) *Notstandshandlung*

Die Falschaussage der G ist geeignet und erforderlich die Entziehung der Fortbewegungsfreiheit des S abzuwenden.

*Anmerkung 23:* Im Rahmen der Erforderlichkeit kann kurz darauf eingegangen werden, dass S als Beschuldigter selbst falsche Angaben zum Tatgeschehen machen oder sich auf die anerkannten Rechtsmittel (Berufung bzw. Revision) verlassen könnte, um die Freiheitsentziehung abzuwenden. Ob eine Lüge bzw. falsche Angaben durch S selbst den gleichen Effekt auf die gerichtliche Überzeugungsbildung haben können, ist aber fraglich. Zum andern kann diskutiert werden, ob das Zeugnisverweigerungsrecht der G gem. § 52 Abs. 1 Nr. 3 StPO ein milderes aber gleichwirksames Mittel sein kann, die Freiheitsentziehung des S abzuwenden. Eine Nichtaussage der G hätte S jedoch kein Alibi für den Tattag verschafft. Deswegen kann man in der Falschaussage durchaus ein erforderliches Mittel zur Erfolgsabwendung sehen.

*Anmerkung 24:* Andere Ansicht mit Begründung vertretbar.

<sup>107</sup> Rengier (Fn. 14), § 49 Rn. 8; Fischer (Rn. 12), § 153 Rn. 4.

<sup>108</sup> Otto, Grundkurs Strafrecht, Besonderer Teil, 7. Aufl. 2005, § 97 Rn. 7 ff.; Otto, JuS 1984, 161 (162 f.).

<sup>109</sup> BGHSt 18, 271 (272); Fischer (Fn. 12), § 34 Rn. 4.

<sup>110</sup> So Wessels/Beulke/Satzger (Fn. 26), Rn. 450; Frister (Fn. 46), Kap. 17 Rn. 4. Zum Vorrang staatlicher Abhilfemaßnahmen Erb, in: Joecks/Miebach (Fn. 1), § 34 Rn. 59.

<sup>111</sup> So zu § 35 StGB Perron (Fn. 60), § 35 Rn. 9.

<sup>112</sup> Ähnlich zu § 35 StGB Perron (Fn. 60), § 35 Rn. 9.

*c) Interessenabwägung*

Das vom Täter geschützte Interesse (körperliche Fortbewegungsfreiheit des S) muss das vom Täter beeinträchtigte Interesse (Funktionsfähigkeit der Rechtspflege) wesentlich überwiegen.

Bei einer Abwägung der betroffenen Rechtsgüter nach ihrem abstrakten Rangverhältnis ergibt sich kein wesentliches Überwiegen der Fortbewegungsfreiheit des S. Eine Freiheitsberaubung von mindestens einer Woche hat gem. § 239 Abs. 3 Nr. 1 StGB eine Strafandrohung von einem bis zu zehn Jahren Freiheitsstrafe. § 154 StGB hat Verbrechenscharakter und daher einen Strafrahmen von nicht unter einem Jahr Freiheitsstrafe. Beide Straftaten sind daher als Verbrechen zu qualifizieren.

Auch aus dem Vergleich des Ausmaßes der Bedrohung ergibt sich kein wesentliches Überwiegen der Fortbewegungsfreiheit des S, selbst für den Fall einer mehrmonatigen Freiheitsentziehung. Durch die Falschaussage der G wäre die Strafrechtspflege ebenso gewichtig betroffen.

Berücksichtigt man zudem als Abwägungsfaktor den Aspekt, dass die Freiheitsentziehung aufgrund eines rechtlich geordneten Verfahrens<sup>113</sup> (Strafverfahren vor dem Landgericht Halle) droht, so muss ein wesentliches Überwiegen der körperlichen Fortbewegungsfreiheit des S gegenüber der Funktionsfähigkeit der Rechtspflege verneint werden.

*Anmerkung 25:* Dieser Aspekt, dass die Freiheitsentziehung aufgrund eines rechtlich geordneten Verfahrens droht, kann ebenso im Punkt „Angemessenheit der Notstandshandlung“ diskutiert werden. Jedoch dürfte schon die Interessenabwägung nicht zugunsten des Freiheitsinteresses des S ausfallen.

*d) Zwischenergebnis*

Eine Rechtfertigung gem. § 34 S. 1 StGB scheidet aus.

**3. Schuld**

Die G müsste auch schuldhaft gehandelt haben. Der entschuldigende Notstand gem. § 35 S. 1 StGB könnte jedoch einschlägig sein.

*a) Problem: Notstandsfähiges Rechtsgut im Sinne des § 35 Abs. 1 S. 1 StGB?*

Eine gegenwärtige Gefahr für die Freiheit (Fortbewegungsfreiheit) des S – als Angehöriger der G – besteht (siehe oben).

*Anmerkung 26:* Andere Ansicht vertretbar. Auch hier kann mit der mangelnden Schutzbedürftigkeit des Rechtsguts argumentiert werden.

*b) Notstandshandlung*

Eine Notstandshandlung liegt in der Falschaussage der G vor. Diese war geeignet den Erfolg, d.h. die Einschränkung der

Fortbewegungsfreiheit, zu verhindern. Ebenso war die Notstandshandlung erforderlich.

*Anmerkung 27:* Andere Ansicht bezüglich der Erforderlichkeit vertretbar.

*c) Rettungsabsicht*

Eine Rettungsabsicht liegt bei G ebenfalls vor.

*d) Zumutbarkeit der Gefahrhinnahme, § 35 Abs. 1 S. 2 StGB*

Die Gefahren der Strafverfolgung (Beeinträchtigung der Fortbewegungsfreiheit) sind nach überwiegender Auffassung grundsätzlich zumutbar.<sup>114</sup> Es besteht damit eine Duldungspflicht bezüglich staatlicher Hoheitsakte. Folglich ist es der G zumutbar, dass ihrem Enkel eine Gefahr für dessen Fortbewegungsfreiheit durch das Strafverfahren droht.

*Anmerkung 28:* Andere Ansicht<sup>115</sup> mit ausführlicher Begründung vertretbar.

*e) Zwischenergebnis*

Eine Entschuldigung gem. § 35 Abs. 1 S. 1 StGB scheidet aus.

**4. Ergebnis**

G hat sich wegen Meineids gem. § 154 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

**5. Strafzumessung: Aussagenotstand, § 157 StGB**

G könnte sich jedoch in einem Aussagenotstand befunden haben. G hat die Falschaussage gem. § 154 Abs. 1 StGB zwar schuldhaft verwirklicht, dies tat sie aber, um S die Karriere nicht zu verbauen. G hat die Unwahrheit gesagt, um die Gefahr einer Bestrafung und damit den Freiheitsentzug von ihrem Enkel – Angehöriger gem. § 11 Abs. 1 Nr. 1 StGB – zu verhindern. Somit handelte G mit einer Gefahrabwendungsabsicht. Damit kann das Gericht die Strafe gem. § 157 Abs. 1 i.V.m. § 49 Abs. 2 StGB mildern.

**II. § 153 StGB**

Die ebenfalls mitverwirklichte Falschaussage gem. § 153 StGB tritt subsidiär hinter § 154 Abs. 1 StGB zurück.

*Anmerkung 29:* Vertretbar ist auch, zuerst die Falschaussage nach § 153 StGB zu prüfen und danach im Rahmen der Prüfung von § 154 Abs. 1 StGB nach oben zu verweisen.

**III. §§ 258 Abs. 1 Var. 1, Abs. 4, 22, 23 Abs. 1 StGB**

G könnte sich einer versuchten Strafvereitelung schuldig gemacht haben, indem sie vor dem Landgericht Halle aussag-

<sup>113</sup> Rengier (Fn. 8), § 19 Rn. 57; Neumann, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 1, 5. Aufl. 2017, § 34 Rn. 119.

<sup>114</sup> Neumann (Fn. 113), § 35 Rn. 52; Müssing, in: Joecks/Miebach (Fn. 1), § 35 Rn. 67; Rengier (Fn. 8), § 26 Rn. 25.

<sup>115</sup> Vgl. Montenbruck, JZ 1985, 976 (981 f.).

te, dass S sich während des Tatzeitpunkts in Leipzig aufgehalten hat.

*1. Vorprüfung*

*a) Keine Vollendungsstrafbarkeit*

Das Gericht schenkte der Zeugenaussage der G keinen Glauben und verurteilte den S, sodass der staatliche Strafanspruch weder ganz noch teilweise vereitelt wurde. Damit liegt keine Vollendung vor.

*b) Strafbarkeit des Versuchs*

Die Strafbarkeit der versuchten Strafvereitelung ergibt sich aus §§ 258 Abs. 1 Var. 1, Abs. 4, 22, 23 Abs. 1 StGB.

*2. Tatentschluss*

G müsste auch zur Tat entschlossen gewesen sein, d.h. sie müsste Vorsatz gehabt haben. G wusste um die strafbare Handlung des S. Sie wollte durch Ihre Aussage erreichen, dass S freigesprochen wird.

*3. Unmittelbares Ansetzen*

G müsste auch zur Tat unmittelbar angesetzt haben. G hat vor Gericht eine falsche Aussage getätigt und somit objektiv zur Tat angesetzt und subjektiv die Schwelle zum „Jetzt-geht’s-los“ überschritten.

*4. Rechtswidrigkeit und Schuld*

Rechtfertigungs- und Schuldausschlussgründe sind nicht ersichtlich, sodass G auch rechtswidrig und schuldhaft gehandelt hat.

*5. Rücktritt, § 24 Abs. 1 StGB*

Ein Rücktritt vom Versuch durch G liegt nicht vor.

*6. Persönlicher Strafaufhebungsgrund, § 258 Abs. 6 StGB*

G hat die Tat zugunsten des S – als einen Angehörigen – begangen (siehe oben). Somit liegt der persönliche Strafaufhebungsgrund des § 258 Abs. 6 StGB vor.

*7. Ergebnis*

G hat sich nicht gem. §§ 258 Abs. 1 Var. 1, Abs. 4, 22, 23 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

**B. Strafbarkeit des S**

**I. §§ 154 Abs. 1, 25 Abs. 1 Var. 2 StGB**

S könnte sich eines Meineides in mittelbarer Täterschaft gem. §§ 154 Abs. 1, 25 Abs. 1 Var. 2 StGB schuldig gemacht haben, indem er die vermeintlich gutgläubige G vor dem Landgericht Halle falsch aussagen lies.

*1. Tatbestand*

*a) Objektiver Tatbestand*

*aa) Tauglicher Täter*

S müsste hierzu auch tauglicher Täter sein. Bei Meineid handelt es sich allerdings um ein eigenhändiges Delikt.<sup>116</sup> Nur der Aussagende selbst kann tauglicher Täter des § 154 StGB sein.<sup>117</sup> Dementsprechend scheidet auch eine mittelbare Täterschaft gem. § 25 Abs. 1 Var. 2 StGB aus. Folglich ist S kein tauglicher Täter.

*bb) Zwischenergebnis*

Der objektive Tatbestand ist nicht verwirklicht.

*2. Ergebnis*

S hat sich nicht gem. § 154 StGB strafbar gemacht.

**II. §§ 154 Abs. 1, 26 StGB**

S könnte sich jedoch der Anstiftung zum Meineid gem. §§ 154 Abs. 1, 26 StGB schuldig gemacht haben, indem er die G bat vor Gericht zu bestätigen, dass er sich am vermeintlichen Tattag bei ihr in Leipzig aufhielt.

*1. Tatbestand*

*a) Objektiver Tatbestand*

*aa) Vorsätzliche rechtswidrige Tat eines anderen*

Mit dem Meineid der G gem. § 154 Abs. 1 StGB liegt eine vorsätzliche, rechtswidrige Tat eines anderen vor.

*bb) Bestimmen*

S müsste die G zum Meineid auch bestimmt haben. Bestimmen ist das Hervorrufen des konkreten Tatentschlusses im Wege eines offenen geistigen Kontakts.<sup>118</sup> S bat die G zu seinen Gunsten vor dem Landgericht Halle auszusagen, was sie auch tat. Folglich liegt ein Hervorrufen des Tatentschlusses vor.

*b) Subjektiver Tatbestand*

S müsste auch vorsätzlich gehandelt haben. Der Vorsatz muss sich auf die Haupttat als auch auf das Bestimmen beziehen.<sup>119</sup>

*aa) Problem: Vorsatz bzgl. der vorsätzlich rechtswidrigen Tat eines anderen?*

S ging davon aus, dass G gutgläubig vor dem Landgericht Halle aussagt und damit nicht den Tatbestand des § 154 Abs. 1 StGB verwirklicht. S wollte nicht, dass die G einen vorsätzlichen Meineid leistet. Damit fehlt dem S der erforderliche Anstiftervorsatz. Etwas anderes ergibt sich auch nicht daraus, dass S den Vorsatz zur Begehung einer mittelbaren

<sup>116</sup> Lenckner/Bosch, in: Schönke/Schröder (Fn. 5), vor §§ 153 ff. Rn. 33; Rengier (Fn. 14), § 49 Rn. 53.

<sup>117</sup> Rengier (Fn. 14), § 49 Rn. 53.

<sup>118</sup> Wessels/Beulke/Satzger (Fn. 26), Rn. 802; Rengier (Fn. 8), § 45 Rn. 27 ff.

<sup>119</sup> Rengier (Fn. 8), § 45 Rn. 44.

Täterschaft besaß (die aber bei eigenhändigen Delikten objektiv ausgeschlossen ist, s.o.) und man allgemein argumentieren kann, dass ein Anstiftervorsatz als „Minus“ zum Vorsatz zur Begehung einer Straftat in mittelbarer Täterschaft enthalten ist.<sup>120</sup> Dies würde eine unzulässige Umgehung der Privilegierung des § 160 Abs. 1 StGB darstellen.

*bb) Problem: Umgehung der Privilegierung des § 160 Abs. 1 StGB*

Für den Fall der Aussagedelikte ist aber zu beachten, dass der Gesetzgeber eine spezielle Regelung getroffen hat: § 160 Abs. 1 StGB stellt das täterschaftliche Verleiten zur Falschaussage unter Strafe. Der Strafraum sieht Freiheitsstrafe nicht unter sechs Monaten vor. Nimmt man aber an, dass im Vorsatz zur Begehung einer mittelbaren Täterschaft der Anstiftervorsatz als Minus enthalten ist, kommt man gem. §§ 154 Abs. 1, 26 StGB zu einem Strafraum von nicht unter einem Jahr. Die Privilegierung des Täters (genauer der Strafraum des § 160 Abs. 1 StGB) wird damit umgangen.<sup>121</sup> Folglich hat S keinen Vorsatz bzgl. einer vorsätzlichen rechtswidrigen Tat eines anderen. Damit ist der subjektive Tatbestand nicht erfüllt.

*2. Ergebnis*

S hat sich nicht gem. §§ 154 Abs. 1, 26 StGB strafbar gemacht.

**III. § 160 Abs. 1 StGB**

S könnte sich wegen der Verleitung zur Falschaussage gem. § 160 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben, indem er G veranlasste eine Aussage vor dem Landgericht Halle zu machen.

*1. Tatbestand*

*a) Objektiver Tatbestand*

*aa) Vorliegen des objektiven Tatbestandes des § 154 Abs. 1 StGB*

Wie oben festgestellt, hat G den objektiven Tatbestand des § 154 Abs. 1 StGB verwirklicht.

*bb) Gutgläubigkeit des Aussagenden?*

G müsste aber auch gutgläubig gewesen sein. G hatte allerdings das „Spiel bzw. Ansinnen“ des S durchschaut. Gleichwohl entschied sie sich dem S zu helfen und hat somit „bösgläubig“ vor dem Landgericht Halle ausgesagt.

*cc) Problem: Verleiten – Liegt eine vollendete Tat im Sinne des § 160 Abs. 1 StGB vor, wenn der Aussagende bösgläubig ist?*

S müsste die G auch zur Aussage verleitet haben. Verleiten im Sinne des § 160 Abs. 1 StGB meint jede Einwirkung auf den Willen der Beweisperson, durch die bei dieser der Entschluss zu einer unvorsätzlichen Falschaussage hervorgerufen

<sup>120</sup> Im Allgemeinen dazu *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 26), Rn. 786b; *Roxin* (Fn. 42), § 25 Rn. 167.

<sup>121</sup> Vgl. nur *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 26), Rn. 787.

wird.<sup>122</sup> S bat die G zu seinem Gunsten vor dem Landgericht Halle auszusagen, sodass eine Veranlassung zur Aussage der G durch S vorliegt.

Eine Ansicht will für die Konstellation, bei der der Aussagende – entgegen der Vorstellung des Verleitenden (S) – bösgläubig ist, nur einen Versuch des § 160 Abs. 1 StGB annehmen<sup>123</sup>. Demnach hätte sich S nur gem. §§ 160 Abs. 1, Abs. 2, 22, 23 Abs. 1, 12 StGB strafbar gemacht.

Eine andere Auffassung will auch in dieser Konstellation eine vollendete Tat im Sinne des § 160 Abs. 1 StGB annehmen.<sup>124</sup> Folglich hätte sich S gem. § 160 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

Stellungnahme: Für die erste Ansicht spricht, dass § 160 Abs. 1 StGB die Fälle der mittelbaren Täterschaft erfasst wissen will, weil eine solche bei den eigenhändigen Delikten der §§ 153 ff. StGB nicht vorliegen könne. In all diesen Fällen ist der Vordermann (das Werkzeug) immer gutgläubig. Es liegt ein Exzess des Aussagenden vor, der dem Hintermann (S) nicht zurechenbar sei und das begangene Unrecht adäquat über die Bestrafung des Aussagenden selbst erfasst wird.<sup>125</sup> Der Verleitende hat in dieser Konstellation viel weniger Tatherrschaft, sodass nur die Versuchsregeln Anwendung finden.<sup>126</sup> Für die letztgenannte Ansicht spricht, dass der Wortlaut „verleiten“ auch die bösgläubigen Fälle erfasst, also Fälle, die über eine Werkzeugqualität des Vordermanns hinausgehen.<sup>127</sup> Auch die Gefährdung der Rechtspflege tritt unabhängig von der Gut- bzw. Bösgläubigkeit des Aussagenden ein. Der Verleitende (S) hat sogar „mehr“, d.h. einen Meineid nach § 154 Abs. 1 StGB, veranlasst, als er subjektiv wollte.<sup>128</sup> Dies umfasst die unvorsätzlich gewollte Aussage erst Recht. Mithin ist dieser Auffassung zu folgen.

*Anmerkung 30: Andere Ansicht mit Begründung gut vertretbar.*

*b) Subjektiver Tatbestand*

S hatte Vorsatz bzgl. des Verleitens. Dass S von der Gutgläubigkeit der G bzgl. der Aussage ausging, diese in Wahrheit aber bösgläubig war, stellt nur eine unwesentliche Abweichung des vorgestellten Kausalverlaufs dar. Ein vorsatzabschließender Tatbestandsirrtum gem. § 16 Abs. 1 S. 1 StGB liegt nicht vor.

*2. Rechtswidrigkeit und Schuld*

S hat rechtswidrig und schuldhaft gehandelt.

<sup>122</sup> *Kudlich/Henn*, JA 2008, 510 (513).

<sup>123</sup> *Kudlich/Henn*, JA 2008, 510 (513); *Wessels/Hettinger*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 41. Aufl. 2017, Rn. 862; *Kretschmer*, Jura 2003, 535 (537 f.).

<sup>124</sup> *Rengier* (Fn. 8), § 49 Rn. 57; BGH NJW 1966, 2130; *Heinrich*, JuS 1995, 1115 (1117 f.).

<sup>125</sup> *Kudlich/Henn*, JA 2008, 510 (513).

<sup>126</sup> *Kudlich/Henn*, JA 2008, 510 (513).

<sup>127</sup> *Rengier* (Fn. 8), § 49 Rn. 57.

<sup>128</sup> *Lenckner/Bosch* (Fn. 116), § 160 Rn. 9.



*3. Ergebnis*

S hat sich gem. § 160 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

**C. Konkurrenzen zum 3. Tatkomplex**

G hat sich gem. § 154 Abs. 1 StGB strafbar gemacht. Die ebenfalls mitwirkliche Falschaussage gem. § 153 StGB tritt subsidiär hinter § 154 Abs. 1 StGB zurück.

S ist gem. § 160 Abs. 1 StGB (a.A. §§ 160 Abs. 1, Abs. 2, 22, 23 Abs. 1 StGB) strafbar.

**Gesamtkonkurrenzen**

Im Rahmen des 1. Tatkomplexes stehen bzgl. S § 240 Abs. 1 StGB und § 222 StGB in Idealkonkurrenz zueinander, § 52 StGB.

Innerhalb des 3. Tatkomplexes hat sich G gem. § 154 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

S hat sich gem. § 160 Abs. 1 StGB (bzw. §§ 160 Abs. 1, Abs. 2, 22, 23 Abs. 1 StGB) strafbar gemacht.

Die Straftaten des S in den einzelnen Tatkomplexen stehen in Tatmehrheit zueinander, § 53 StGB.