

Fortgeschrittenenklausur: Ein Einhorn auf Abwegen

Von Wiss. Mitarbeiter **Leon Böhm**, LL.B., M.A., Mainz, Wiss. Mitarbeiter **Christoph Hautkappe**, LL.B., M.A., Wiesbaden*

Der Fall wurde leicht modifiziert im Sommersemester 2019 im Rahmen der Übung für Fortgeschrittene im Strafrecht an der Johannes Gutenberg-Universität Mainz als dreistündige Klausur gestellt. Von 239 Bearbeiterinnen und Bearbeitern fielen 39 % durch. Der Notendurchschnitt lag bei 4,41 Punkten.

Der erste Tatkomplex ist angelehnt an die Entscheidung des BGH in NJW 2018, 245 und erfordert schwerpunktmäßig die Erörterung der Wegnahme einer fremden beweglichen Sache im Rahmen der Prüfung des § 249 Abs. 1 StGB sowie des Erfordernisses einer Vermögensverfügung als Tatbestandsmerkmal der §§ 253 Abs. 1, 255 StGB. Der Sachverhalt des zweiten Tatkomplexes ähnelt demjenigen, der der Entscheidung des OLG Stuttgart in NJW 2018, 1110 zugrunde lag. Dieser verlangt von den Bearbeiterinnen und Bearbeitern im Wesentlichen die Auseinandersetzung mit der Frage, ob die Verdächtigung einer nicht existierenden Person den Tatbestand des § 164 Abs. 2 StGB erfüllt. Daneben gilt es zu problematisieren, ob der staatliche Bußgeldanspruch unter das von § 263 Abs. 1 StGB geschützte Vermögen fällt.

Sachverhalt

Nach einer durchzechten Freitagnacht, die sie auf einer Kostümparty verbracht hat, schlendert Tami (T) in ihrem Einhornkostüm nach Hause. Dabei erkennt sie schon aus der Ferne Erika (E), die an einem Bankautomaten der Bank (B) steht und im Begriff ist, Geld für den alljährlichen Urlaub mit ihrem Mann in St. Tropez abzuheben. Daraufhin kommt T spontan auf die Idee, ihre finanzielle Lage etwas aufzubessern. Zu diesem Zweck nähert sie sich langsam der am Bankautomaten stehenden E. Als T erkennt, dass E ihre Bankkarte bereits eingeschoben und ihre Geheimnummer (PIN) schon eingegeben hat, stößt sie E beherzt weg, sodass E – wie von T geplant – zu Boden stürzt. Sofort und blitzschnell wählt T einen Auszahlungsbetrag in Höhe von 500 € aus und entnimmt das vom Bankautomaten ausgegebene Bargeld sodann dem Auszahlungsschacht. E ist infolge des Stoßes so perplex, dass sie bloß hinterherschauen kann, wie T – wegen der Kostümierung unerkannt – mit dem Bargeld hinter der nächsten Hausecke verschwindet.

Hoch erfreut über das erlangte „Taschengeld“ schwingt sich T am Abend voller Tatendrang in ihr Auto, um sich gemeinsam mit einigen Freunden einen schönen Abend zu machen. Voller Euphorie überschreitet sie bei der Fahrt in die Stadt die zulässige Höchstgeschwindigkeit um 60 km/h und

wird geblitzt. Einige Wochen später erhält sie deshalb vom Landratsamt als zuständige Behörde ein Anhörungsschreiben wegen der Geschwindigkeitsüberschreitung. Dabei wird sie auf ihr „sattes Punktekonto“ bei dem vom Kraftfahrt-Bundesamt geführten Fahreignungsregister aufmerksam. Angesichts des drohenden Führerscheinentzugs einschließlich der Auferlegung eines Bußgelds sucht T fieberhaft nach Lösungsmöglichkeiten für ihr Problem und stößt im Internet auf das Angebot: „Ich übernehme höchstpersönlich Ihr Bußgeld, Ihre Punkte und Ihr Fahrverbot für Sie“. Erleichtert nimmt T sofort Kontakt zu Anbieter Alan (A) auf, übersendet nach Erörterung des Vorgehens durch A absprachegemäß den Anhörungsbogen und zahlt 500 € auf ein ihr benanntes Bankkonto, um schnellstmöglich jeglichen Konsequenzen entgegen zu können. Nach Erhalt des Geldes übersendet A dem Landratsamt einen handschriftlich ausgefüllten Anhörungsbogen unter dem Namen des – tatsächlich nicht existierenden – Xavier (X). Darin gibt A (als X) den Verstoß zu und erklärt, er – X – sei der zur Tatzeit verantwortliche Fahrzeugführer gewesen. Daraufhin erlässt das Landratsamt einen Bußgeldbescheid gegen X und stellt zudem das gegen T betriebene Verfahren ein. Als das Landratsamt Monate später erfährt, dass eine Person X gar nicht existiert, ist die von T begangene Ordnungswidrigkeit bereits verjährt.

Wie haben sich T im ersten Tatkomplex und A im zweiten Tatkomplex nach dem StGB strafbar gemacht?

Bearbeitervermerk

Nicht zu prüfen sind die §§ 223–231, 263a StGB.

Lösungsvorschlag

1. Tatkomplex: „Der Bankautomat“

I. § 249 Abs. 1 StGB durch das Wegstoßen der E und die Entnahme des Bargeldes

Durch das Wegstoßen der E und die Entnahme des Bargeldes aus dem Auszahlungsschacht könnte sich T nach § 249 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben.

1. Tatbestandsmäßigkeit

a) Qualifiziertes Nötigungsmittel

T müsste Gewalt angewendet oder die E mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben bedroht haben. Gewalt ist die Ausübung körperlich wirkenden Zwangs durch unmittelbare oder mittelbare Einwirkung auf einen anderen, die nach der Vorstellung des Täters dazu bestimmt und geeignet ist, einen tatsächlich geleisteten oder erwarteten Widerstand zu überwinden oder unmöglich zu machen.¹ Indem T die E wegstieß wirkte sie unmittelbar auf den Körper der E ein, um an den

* Der Verf. *Böhm* ist Wiss. Mitarbeiter und Doktorand am Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht, Medizinstrafrecht, Wirtschaftsstrafrecht und Rechtsphilosophie an der Johannes Gutenberg-Universität Mainz (Prof. Dr. Jörg Scheinfeld). Der Verf. *Hautkappe* ist Wiss. Mitarbeiter und Doktorand am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Wirtschaftsrecht, Arbeitsrecht und Rechtstheorie an der EBS Universität Wiesbaden (Prof. Dr. Daniel Klocke, LL.M. oec.).

¹ *Wessels/Hillenkamp/Schuh*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 42. Aufl. 2019, Rn. 347; *Küper/Zopfs*, Strafrecht, Besonderer Teil, 10. Aufl. 2018, Rn. 298 f.

Geldautomaten zu gelangen. Sie wendete mithin Gewalt gegen eine Person an.

b) Wegnahme einer fremden beweglichen Sache

Darüber hinaus müsste T eine fremde bewegliche Sache weggenommen haben.

aa) Fremde bewegliche Sache

Die Geldscheine als bewegliche Sachen müssten für sie fremd gewesen sein. Ursprünglich standen sie im Eigentum der den Bankautomaten betreibenden Bank B. Durch die Ausgabe der Scheine könnten diese jedoch gem. § 929 S. 1 BGB an T übereignet worden sein. Fraglich ist aber, ob in der Ausgabe der Scheine ein konkludentes Übereignungsangebot der B an T liegt. Bei der Auslegung der rechtsgeschäftlichen Erklärung müssen die Interessen und Zwecke, die mit der dinglichen Einigung verfolgt werden, berücksichtigt werden.² Es ist kein Interesse der Bank ersichtlich, einem Nichtberechtigten gegenüber ein Einigungsangebot abzugeben.³ Vielmehr ergibt sich aus den vertragsrechtlichen Regelungen, dass ein Übereignungsinteresse nur bzgl. des Berechtigten besteht, da die Bank nur im Falle einer wirksamen Autorisierung durch den Berechtigten zu einer Belastung des entsprechenden Kontos berechtigt ist. Adressat der mit dem Ausgabevorgang verbundenen Einigungserklärung ist daher nur der berechtigte Kontoinhaber und nicht ein unberechtigter Dritter.

Hinweis: Teilweise wird vertreten, dass sich das Übereignungsangebot der Bank an denjenigen richtet, der den Geldautomaten technisch ordnungsgemäß benutzt, sich also durch Benutzung der Bankkarte und Kenntnis der Geheimzahl förmlich legitimiert, selbst wenn es sich dabei nicht um den berechtigten Kontoinhaber handelt.⁴ Allerdings hatte sich im hiesigen Fall nur die E durch das Einstecken der Bankkarte und die Eingabe der Geheimzahl förmlich legitimiert. Das Übereignungsangebot war also auch nach dieser Ansicht lediglich an E gerichtet.⁵ Dass letztlich T den konkreten Auszahlungsbetrag auswählt und die Scheine aus dem Auszahlungsschacht entnimmt, ändert hieran nichts. T hat durch ihr „Dazwischentreten“ lediglich verhindert, dass E das Angebot der B konkludent annehmen konnte.⁶

² BGH NJW 1988, 979 (980 f.); BGH NJW 2018, 245.

³ BGH NJW 1988, 979 (981); *Kindl*, in: Bamberger/Roth/Hau/Poseck (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, 51. Ed., Stand: 1.8.2019, § 929 Rn. 19.

⁴ *Wessels/Hillenkamp/Schuh*r (Fn. 1), Rn. 184; *Hoyer*, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 5, 9. Aufl. 2018, § 242 Rn. 56, 58.

⁵ So auch überzeugend *Jäger*, JA 2018, 309 (310 in Fn. 2).

⁶ Mit dieser Argumentation im Rahmen des Einverständnisses in den Gewahrsamswechsel *El-Ghazi*, jurisPR-StraR 6/2018 Anm. 1.

bb) Wegnahme

Zweifelhaft ist jedoch, ob T die Scheine weggenommen hat. Eine Wegnahme ist der Bruch fremden Gewahrsams und die Begründung neuen, nicht notwendig eigenen Gewahrsams.⁷

(1) Gewahrsam der Bank gebrochen?

T könnte durch die Entnahme der Geldscheine aus dem Auszahlungsschacht den Gewahrsam der Bank B gebrochen und eigenen Gewahrsam begründet haben. Der Bruch fremden Gewahrsams setzt jedoch voraus, dass die Sachherrschaft des bisherigen Gewahrsamsinhabers gegen seinen Willen oder zumindest ohne sein Einverständnis aufgehoben wird.⁸ Bei einer technisch ordnungsgemäßen Bedienung des Automaten erfolgt die Geldausgabe allerdings mit dem Einverständnis der Bank, unabhängig davon ob diese durch den berechtigten Kontoinhaber erfolgt und eine wirksame Übereignung stattfindet.⁹ Ein etwaiger Vorbehalt, den Gewahrsam nur an einen Berechtigten zu übertragen, manifestiert sich in objektiver Hinsicht nicht, weshalb dies als Bedingung eines Einverständnisses nicht taugt.¹⁰ T hat mithin nicht den Gewahrsam der B gebrochen.¹¹

Hinweis: Eine andere Ansicht ist hier vertretbar. So geht der 3. Strafsenat des BGH in seinem Vorlagebeschluss vom 21.3.2019 davon aus, dass derjenige den Gewahrsam an den im Auszahlungsschacht zur Entnahme bereitliegenden Geldscheinen der den Geldautomaten betreibenden Bank bricht, der die Geldscheine unberechtigt an sich nimmt, nachdem zuvor der Berechtigte den Auszahlungsvorgang ordnungsgemäß in Gang gesetzt hatte.¹² Dies wird damit begründet, dass das Einverständnis der Bank sich in personeller Hinsicht auf denjenigen beschränke, der sich durch Eingabe von Bankkarte und zugehöriger PIN legitimiere und den Auszahlungsvorgang dementspre-

⁷ *Küper/Zopfs* (Fn. 1), Rn. 769; *Wessels/Hillenkamp/Schuh*r (Fn. 1), Rn. 82.

⁸ *Wessels/Hillenkamp/Schuh*r (Fn. 1), Rn. 115.

⁹ BGH NJW 1988, 979 (980); BGH NJW 2018, 245; *Brand*, NJW 2018, 245 (246); *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 21. Aufl. 2019, § 2 Rn. 70; *Schmitz*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 3. Aufl. 2017, § 242 Rn. 104; *Kindhäuser*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, 5. Aufl. 2017, § 242 Rn. 51 m.w.N.

¹⁰ *Kindhäuser* (Fn. 9), § 242 Rn. 51; damit eine klare Grenze zwischen Wegnahme durch Nichterfüllung einer Bedingung des Einverständnisses und Täuschung nach § 263 StGB gezogen werden kann, darf sich die Bedingung des Einverständnisses nicht auf rein innere Vorgänge und Vorbehalte beziehen, vgl. hierzu *Bosch*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 242 Rn. 36a; *Rengier* (Fn. 9), § 2 Rn. 70.

¹¹ Kritisch bezogen auf die diesem Fall zugrunde liegende Entscheidung *Wessels/Hillenkamp/Schuh*r (Fn. 1), Rn. 184.

¹² BGH BeckRS 2019, 17416.

chend ordnungsgemäß in Gang setze.¹³ Allein die Auswahl eines Auszahlungsbetrags führe hingegen nicht zur Legitimation desjenigen, der den Automaten bediene.¹⁴

(2) Ein auf E durch PIN-Eingabe übertragener Gewahrsam gebrochen?

Möglicherweise könnte T jedoch einen Gewahrsam der E gebrochen haben. Dies würde voraussetzen, dass E überhaupt schon dadurch Gewahrsam an den Geldscheinen im Automaten erlangt hat, dass sie bloß ihre PIN in den Geldautomaten eingegeben hat. Unter Gewahrsam ist nach überwiegender Ansicht die nach der Verkehrsanschauung zu beurteilende tatsächliche Sachherrschaft eines Menschen über eine Sache zu verstehen, die von einem natürlichen Herrschaftswillen getragen wird.¹⁵ Man könnte insoweit daran denken, dass E bereits mit Eingabe der PIN nach der Verkehrsanschauung gelockerten Gewahrsam erlangt hat, indem es nur noch der Auswahl des entsprechenden Auszahlungsbetrages bedurfte und E schon einen auf die Geldscheine bezogenen generellen Herrschaftswillen besaß.¹⁶ Dies ist letztlich jedoch abzulehnen.¹⁷ E hatte auch trotz Eingabe der PIN zu keinem Zeitpunkt einen tatsächlichen Zugriff auf die Geldscheine. Vielmehr ist das Geld in einem Geldautomaten vor Auszahlung alleine der Herrschaftssphäre der betreibenden Bank zuzuweisen.¹⁸ Somit hat E bereits keinen Gewahrsam erlangt, den T hätte brechen können. T hat die Geldscheine mithin nicht weggenommen.

Hinweis: Eher fernliegend erscheint es einen (Mit-)Gewahrsam der E an den ausgegebenen Scheinen anzunehmen.¹⁹

2. Ergebnis

T hat sich nicht nach § 249 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

II. §§ 253 Abs. 1, 255 StGB durch das Wegstoßen der E und die Entnahme des Bargeldes

Durch das Wegstoßen der E und die Entnahme des Bargeldes aus dem Auszahlungsschacht könnte sich T nach §§ 253 Abs. 1, 255 StGB strafbar gemacht haben.

¹³ BGH BeckRS 2019, 17416; vgl. auch *El-Ghazi*, jurisPR-StraR 6/2018 Anm. 1.

¹⁴ BGH BeckRS 2019, 17416.

¹⁵ *Rengier* (Fn. 9), § 2 Rn. 23; *Wessels/Hillenkamp/Schuh* (Fn. 1), Rn. 82 m.w.N.

¹⁶ Mit diesem Gedanken *Jäger*, JA 2018, 309 (310).

¹⁷ Dies gilt unabhängig davon, ob man den Gewahrsamsbegriff wie die wohl herrschende Meinung primär faktisch versteht, oder wie eine andere Ansicht auf sozial-normative Kriterien abstellt, zum Ganzen *Wessels/Hillenkamp/Schuh* (Fn. 1), Rn. 82 m.w.N.

¹⁸ Überzeugend *Jäger*, JA 2018, 309 (310). Allgemein zur Herrschaftssphäre *Wessels/Hillenkamp/Schuh* (Fn. 1), Rn. 82 m.w.N.

¹⁹ Vgl. auch BGH BeckRS 2019, 17416.

1. Tatbestandsmäßigkeit

a) Nötigungshandlung

Indem T die E weggestoßen hat, hat sie Gewalt gegen eine Person angewendet (siehe oben).

b) Nötigungserfolg

Durch die Gewaltanwendung hat T die E dazu genötigt, das Eingeben des Auszahlungsbetrags und das Entnehmen der Geldscheine aus dem Auszahlungsschacht zu dulden. Umstritten ist, ob dieses abgenötigte Verhalten für die Tatbestandsmäßigkeit nach §§ 253 Abs. 1, 255 StGB die Voraussetzungen einer Vermögensverfügung erfüllen muss.

Nach der Rechtsprechung und einem Teil der Literatur setzt eine räuberische Erpressung keine Vermögensverfügung voraus, sondern lässt als tatbestandlichen Nötigungserfolg jedes Handeln, Dulden oder Unterlassen ausreichen.²⁰ Danach stellt auch das mit vis absoluta erzwungene Dulden der Eingabe des Auszahlungsbetrags und der Geldentnahme einen tatbestandlichen Nötigungserfolg dar.

Für die herrschende Ansicht in der Literatur muss der Nötigungserfolg hingegen gerade eine Vermögensverfügung des Genötigten darstellen.²¹ Dies hängt damit zusammen, dass die (räuberische) Erpressung strukturparallel zum Betrug als Selbstschädigungsdelikt verstanden wird und dementsprechend ein mit vis absoluta abgenötigtes passives Dulden nicht tatbestandsmäßig sein könne.²² Indem das bloße Dulden der Eingabe des Auszahlungsbetrags und der Geldentnahme kein

²⁰ BGHSt 7, 252; 14, 386; 25, 224; 32, 88; 41, 123; 42, 196; *Geilen*, Jura 1980, 43 (50 f.); *Schünemann*, JA 1980, 486; *Erb*, in: Putzke u.a. (Hrsg.), Strafrecht zwischen System und Telos, Festschrift für Rolf Dietrich Herzberg zum siebzigsten Geburtstag am 14. Februar 2008, 2008, S. 712; *Böse/Keiser*, JuS 2005, 440 (443 f.); *Kindhäuser/Böse*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 10. Aufl. 2018, § 17 Rn. 20 ff.; *Krey/Hellmann/Heinrich*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 17. Aufl. 2015, Rn. 430 ff.; *Mitsch*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 3. Aufl. 2015, S. 599 ff.; *Kudlich*, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, Vor § 249 Rn. 7 f.; *Vogel*, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 8, 12. Aufl. 2010, § 253 Rn. 13; *Kindhäuser* (Fn. 9), Vor § 249 Rn. 44 ff., § 253 Rn. 17; *Joecks/Jäger*, Strafgesetzbuch, Studienkommentar, 12. Aufl. 2018, § 255 Rn. 5 f.; einschränkend *Sinn*, in: Wolter (Fn. 4), § 253 Rn. 16, Vor § 249 Rn. 8 ff.

²¹ *Tenckhoff*, JR 1974, 489; *Rengier*, JuS 1981, 654; *Gepfert/Kubitza*, Jura 1985, 276; *Biletzki*, Jura 1995, 635 (637); *Wessels/Hillenkamp/Schuh* (Fn. 1), Rn. 712 ff.; *Eisele*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 4. Aufl. 2017, Rn. 760 ff.; *Rengier* (Fn. 9), § 11 Rn. 25 ff.; *Bosch* (Fn. 10), § 253 Rn. 8; *Kühl*, in: Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2018, § 253 Rn. 3; *Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 66. Aufl. 2019, § 253 Rn. 14; *Sander*, in: Joecks/Miebach (Fn. 9), § 253 Rn. 13 ff.

²² Als taugliches Nötigungsmittel verbleibt nach dieser Ansicht demnach nur die Anwendung von vis compulsiva.

willentliches Verhalten der E ist, durch das sie bewusst ihr Vermögen unmittelbar vermindert²³, also jedenfalls keine Vermögensverfügung darstellt, liegt nach dieser Ansicht kein tatbestandsmäßiger Nötigungserfolg vor.

Gegen das Erfordernis einer Vermögensverfügung spricht zunächst, dass nach dem Wortlaut der §§ 253 Abs. 1, 255 StGB keine Vermögensverfügung vorausgesetzt wird.²⁴ Vielmehr stimmt die Gesetzesformulierung mit der des § 240 StGB überein, bei dem vis absoluta mit in den Tatbestand einbezogen wird.²⁵ Dem lässt sich zwar entgegenhalten, dass auch im Betrugstatbestand das ungeschriebene Erfordernis einer Vermögensverfügung ohne Bedenken mit hineininterpretiert wird.²⁶ Bei diesem stellt das Merkmal der Vermögensverfügung jedoch anders als bei §§ 253 Abs. 1, 255 StGB nicht nur ein mögliches, sondern ein strukturell notwendiges Bindeglied zwischen Opferverhalten und Vermögensschaden dar.²⁷

In systematischer Hinsicht gilt es zu berücksichtigen, dass die §§ 253 Abs. 1, 255 StGB zwar wie der Raub im 20. Abschnitt und nicht wie der Betrug im 21. Abschnitt angesiedelt sind, eine dogmatisch saubere Gesetzssystematik möglicherweise jedoch nur dadurch erhalten werden könnte, dass man Diebstahl und Raub als durch Wegnahme geprägte Fremdschädigungsdelikte, Erpressung und Betrug hingegen als durch eine Vermögensverfügung charakterisierte Selbstschädigung definiert.²⁸ Letztlich schiene der am Anfang des 20. Abschnitts stehende § 249 StGB auch überflüssig, wenn (nahezu) jede räuberische Erpressung den Raub erfassen würde.²⁹ Allerdings betreffen diese von der „Verfügungstheorie“ vorgebrachten systematischen Erwägungen letzten Endes nur die „Ästhetik, die dieses System durch ein paralleles dogmatisches Konzept der Delikte zu gewinnen scheint“³⁰. Die systematische Ungereimtheit des weitgehend „überflüssigen“ § 249 StGB wird dadurch relativiert, dass diese das Verhältnis der einfachen Eigentums- und Vermögensdelikte § 242 StGB und § 253 StGB nicht betrifft. Deren weite Anwendungsbereiche überschneiden sich nur dort, wo Gewahrsamsbruch und vermögensschädigende Nötigung ausnahmsweise kombiniert werden.³¹

In teleologischer Hinsicht spricht für die Ansicht der Rechtsprechung, dass ein lückenloser Rechtsschutz gegen alle mit oder ohne Bereicherungsabsicht herbeigeführten Vermögensschädigungen nur mit dem Verzicht auf das Merkmal der Vermögensverfügung erreicht wird.³² Zwar ist es nicht zwangsläufig so, dass der mit vis absoluta vorgehende Täter stets der brutalere ist,³³ dennoch ist anzuerkennen, dass es in verschiedenen Fallgestaltungen wertungswidersprüchlich anmutet, dass der mit vis absoluta vorgehende Täter den Tatbestand der (räuberischen) Erpressung gar nicht erfüllen kann, sondern diesen privilegierend lediglich der insoweit wortlautgleiche § 240 Abs. 1 StGB in Betracht kommt.³⁴ Letztlich vermag aber auch das von der Verfügungstheorie vorgebrachte Argument nicht zu überzeugen, die Erpressung würde ohne das Erfordernis einer Vermögensverfügung zum Auffangtatbestand aller Vermögensdelikte gemacht und die gesetzgeberische Wertung, mit verschiedenen Strafrahmen bestimmte Wertungsstufen zu bilden, weitgehend unterlaufen.³⁵ So wird zwar etwa vorgetragen, man kreierte den eigentlich vom Gesetzgeber nicht vorgesehenen sog. „kleinen Raub“, wenn man für § 253 Abs. 1 StGB ausreichen lässt, dass eine einfache Nötigung zur Duldung einer Wegnahme erfolgt.³⁶ Das Verhalten des Täters in seiner Eigenschaft als vermögensschädigende (qualifizierte) Nötigung wird aber unabhängig von §§ 242, 249 StGB unter §§ 253, 255 StGB subsumiert, womit es stets um die originäre Begründung einer anderweitigen Strafbarkeit geht, die so vom Gesetzgeber in §§ 253 Abs. 1, 255 StGB vorgesehen ist.³⁷ In der Regel weisen die einschlägigen Konstellationen auch keinen geringeren Unrechtsgehalt auf, als andere Varianten vermögensschädigender (qualifizierter) Nötigungen.³⁸

Demnach setzen §§ 253 Abs. 1, 255 StGB nicht das Vorliegen einer Vermögensverfügung voraus. Im Verhalten der E liegt mithin ein tatbestandlicher Nötigungserfolg.

Hinweis: Eine derart ausführliche Auseinandersetzung mit dem Meinungsstreit kann von den Bearbeiterinnen und Bearbeitern in einer Klausur nicht erwartet werden. Die hiesige Darstellung soll lediglich verschiedene Argumentationsmöglichkeiten aufzeigen. Die Gegenansicht ist selbstverständlich vertretbar. Danach ist eine Strafbarkeit nach §§ 253 Abs. 1, 255 StGB abzulehnen und es ver-

²³ Vgl. zu dieser Definition der Vermögensverfügung *Rengier* (Fn. 9), § 11 Rn. 13.

²⁴ *Sinn* (Fn. 20), Vor § 249 Rn. 11.

²⁵ *Geilen*, Jura 1980, 43 (50 f.); *Krey/Hellmann/Heinrich* (Fn. 20), Rn. 433. Daraus leitet *Erb* überzeugend ab, dass angesichts der Behauptung eines nicht im Wortlaut angelegten Tatbestandsmerkmals die Last einer solchen Begründung den Vertretern der Verfügungstheorie obliegt und nicht denjenigen, die eine Verfügung für entbehrlich halten, *Erb* (Fn. 20), S. 711 (716).

²⁶ *Tenckhoff*, JR 1974, 489 (490); *Biletzki*, Jura 1995, 635 (636).

²⁷ Ausführlich hierzu *Erb* (Fn. 20) S. 711 (713 f.).

²⁸ *Rengier*, JuS 1981, 654 (659).

²⁹ *Tenckhoff*, JR 1974, 489 (490); *Rengier* (Fn. 9), § 11 Rn. 25.

³⁰ *Erb* (Fn. 20), S. 711 (716).

³¹ Überzeugend *Erb* (Fn. 20), S. 711 (720).

³² *Geppert/Kubitzka*, Jura 1985, 276 (278). Mit konkreten Beispielen *Krey/Hellmann/Heinrich* (Fn. 20), Rn. 433.

³³ *Rengier* (Fn. 9), § 11 Rn. 23; *Eisele* (Fn. 21), Rn. 769.

³⁴ *Geilen*, Jura 1980, 43 (51); *Schünemann*, JA 1980, 486 (488). Ausführlich zu einer mit dem Gesamtsystem des StGB nicht zu vereinbarenden Ungleichbehandlung bei Zugrundelegung der Konzeption der herrschenden Literatur, *Krey/Hellmann/Heinrich* (Fn. 20), Rn. 433.

³⁵ Zu diesem Einwand der Verfügungstheorie in verschiedener Form: *Rengier*, JuS 1981, 654, (659); *ders.* (Fn. 9), § 11 Rn. 26 ff.; *Wessels/Hillenkamp/Schuhr* (Fn. 1), Rn. 712.

³⁶ *Sander* (Fn. 21), § 253 Rn. 19.

³⁷ *Erb* (Fn. 20), S. 711 (715); vgl. auch *Vogel* (Fn. 20), Vor §§ 249 ff. Rn. 60.

³⁸ *Erb* (Fn. 20), S. 711 (715); vgl. auch *Mitsch* (Fn. 20), S. 603.

bleibt lediglich die Möglichkeit einer Bestrafung nach § 240 Abs. 1 StGB und § 246 Abs. 1 StGB.

c) Vermögensnachteil

E müsste einen Vermögensnachteil erlitten haben, ihre Vermögenslage müsste sich also bei einer Gesamtsaldierung nach der Tat ungünstiger darstellen, als vor der Tat.³⁹ Fraglich ist, ob ein Vermögensnachteil deswegen anzunehmen ist, dass einerseits das Konto der E durch die Auszahlung belastet wurde, sie aber andererseits die von der Bank zur Übereignung angebotenen Geldscheine nicht erhalten hat.⁴⁰ Zu berücksichtigen ist jedoch, dass die Bank zur Belastung des Kontos nur dann berechtigt gewesen wäre, wenn E die Auszahlung wirksam autorisiert hätte (vgl. § 675j Abs. 1 S. 1 BGB). Die Autorisierung von Barabhebungen an Geldautomaten besteht in der Zustimmung des Karteninhabers zu Auszahlung und Buchung. Karteninhaber und Bank haben nach § 675j Abs. 1 S. 3, S. 4 BGB regelmäßig in Allgemeinen Geschäftsbedingungen vereinbart, dass die Zustimmung ausschließlich mittels des Zahlungsauthentifizierungsinstruments Bankkarte in Kombination mit der PIN erteilt werden kann.⁴¹ Mithin ließe sich auf den ersten Blick vertreten, eine Autorisierung durch E sei erfolgt. Indem aber letztlich T den Auszahlungsbetrag ausgewählt hat und damit unmittelbar die in Rede stehende Auszahlung veranlasst hat, liegt – bei wertender Betrachtung unter Berücksichtigung der Risikosphären von Karteninhaber und Bank – keine Autorisierung der E vor.⁴² Andernfalls würde die Auswahl des konkreten Auszahlungsbetrags als essentielle des Zahlungsvorgangs gänzlich unberücksichtigt bleiben, zumal die Abhebung letztlich ohne den Willen des Karteninhabers erfolgt.⁴³ Die auszahlende Bank hat somit gegenüber dem Kontoinhaber, auf dessen Konto ohne seinen Auftrag oder sonstigen Rechtsgrund Belastungsbuchungen vorgenommen werden, keinen Aufwandsersatzanspruch nach den §§ 670, 675 Abs. 1 BGB (vgl. § 675u S. 1 BGB).⁴⁴ Verfügt eine Bank über das Bankguthaben eines Kunden ohne wirksame Autorisierung, steht diesem ein Anspruch gegen die Bank auf Rückbuchung des entsprechenden Betrags zu (vgl. § 675u S. 2 BGB).⁴⁵ Ein Vermögensnachteil der E könnte allenfalls dadurch zu begründen sein, dass sie gegenüber der Bank einer nur ungünstigen Beweislage hinsichtlich der fehlenden Autorisierung gegenübersteht.⁴⁶ Allerdings sprechen die maßgeblichen Beweislastregeln gegen die

Annahme einer solchen ungünstigen Beweislage (vgl. § 675w BGB).⁴⁷ Ein Vermögensnachteil ist mithin nicht bei E, sondern lediglich bei der den Automaten betreibenden B in Form des Besitzverlustes eingetreten (sog. Dreieckerpressung).

Genötigter und Geschädigter müssen zwar nicht identisch sein, nach vorzugswürdiger herrschender Ansicht setzt eine tatbestandliche Dreieckerpressung aber zumindest voraus, dass der Genötigte in einem sog. Näheverhältnis zum geschädigten Vermögen steht.⁴⁸ Gerade in der mit Nötigungsmitteln aufgehobenen Schutzfunktion des Genötigten für das Vermögen des Geschädigten liegt der Unrechtsgehalt der Dreieckerpressung.⁴⁹ Danach ist zwar weder eine rechtliche Verfügungsmacht noch eine tatsächliche Herrschaftsgewalt des Genötigten über die fremden Vermögensgegenstände im Sinne einer Gewahrsamsdienerschaft vorauszusetzen, das Näheverhältnis muss aber dergestalt bestehen, dass das Nötigungsopfer im Zeitpunkt der Tatbegehung auf der Seite des Vermögensinhabers steht.⁵⁰ Zwischen der E und B bestand lediglich eine vertragliche Beziehung. Eine solche führt aber nicht schon dazu, dass der Kunde eine Schutzfunktion hinsichtlich des Vermögens der Bank innehat.⁵¹ Mithin liegen die Voraussetzungen einer Dreieckerpressung nicht vor.⁵²

Hinweis: Teilweise wird die Voraussetzung eines Näheverhältnisses bei einer Dreieckerpressung abgelehnt.⁵³ Es ist deshalb vertretbar, mit entsprechender Argumentation einen tatbestandlichen Vermögensnachteil zu bejahen. Vertretbar erscheint es auch, als Näheverhältnis die Vertragsbeziehung zwischen E und B ausreichen zu lassen.⁵⁴ Insgesamt wären §§ 253 Abs. 1, 255 StGB dann zu bejahen.

³⁹ Sander (Fn. 21), § 253 Rn. 24; Bosch (Fn. 10), § 253 Rn. 9.

⁴⁰ So der BGH in der diesem Fall zugrunde liegenden Entscheidung, BGH NJW 2018, 245.

⁴¹ Maihold, in: Schimansky/Bunte/Lwowski (Hrsg.), Bankrechts-Handbuch, 5. Aufl. 2017, § 54 Rn. 40.

⁴² So für die zugrunde liegende Entscheidung auch Jäger, JA 2018, 309 (311).

⁴³ Nach Maihold (Fn. 41), § 54 Rn. 40 ist es unerheblich ob dabei eine Kopie oder das entwendete Original der Karte Verwendung gefunden hat und auf welche Weise der unberechtignte Nutzer Kenntnis von der PIN erlangt hat.

⁴⁴ BGH NStZ 2008, 396 (397).

⁴⁵ El-Ghazi, jurisPR-StraR 6/2018 Anm. 1.

⁴⁶ Jäger, JA 2018, 309 (311).

⁴⁷ Gem. § 675w S. 1 BGB hat der Zahlungsdienstleister nachzuweisen, dass eine Authentifizierung erfolgt ist und der Zahlungsvorgang ordnungsgemäß aufgezeichnet, verbucht sowie nicht durch eine Störung beeinträchtigt wurde. Nach S. 3 reicht die Aufzeichnung der Nutzung des Zahlungsauthentifizierungsinstruments einschließlich der Authentifizierung durch den Zahlungsdienstleister allein nicht notwendigerweise aus, um nachzuweisen, dass der Zahler den Zahlungsvorgang autorisiert hat.

⁴⁸ BGHSt 41, 123 = NJW 1995, 2799 (2780); Vogel (Fn. 20), § 253 Rn. 20; Sinn (Fn. 20), § 253 Rn. 18; Fischer (Fn. 21), § 253 Rn. 11a; Schünemann, JA 1980, 486 (489 f.); Für die Vertreter der Verfügungstheorie liegt es nahe, sich hinsichtlich eines derartigen Erfordernisses an den Überlegungen zum Dreiecksbetrug zu orientieren, vgl. hierzu Wessels/Hillenkamp/Schuh (Fn. 1), Rn. 715 m.w.N.

⁴⁹ BGH NJW 1995, 2799 (2780).

⁵⁰ BGH NJW 1995, 2799 (2780).

⁵¹ So auch Jäger, JA 2018, 309 (312).

⁵² Vgl. für die diesem Fall zugrunde liegende Entscheidung auch Wessels/Hillenkamp/Schuh (Fn. 1), Rn. 736.

⁵³ Ebel, Jura 2007, 897 (898 ff.); ders., Jura 2008, 256 (257 ff.); kritisch auch Kudlich (Fn. 20), § 253 Rn. 21.

⁵⁴ Vgl. El-Ghazi, jurisPR-StraR 6/2018 Anm. 1.

2. Ergebnis

T hat sich nicht nach §§ 253 Abs. 1, 255 StGB strafbar gemacht.

III. § 240 Abs. 1 StGB durch das Wegstoßen

Indem T die E wegstieß hat sie sie vorsätzlich mit Gewalt zur Duldung der Eingabe des Auszahlungsbetrags und der Entnahme der Geldscheine genötigt (siehe oben). Dies geschah auch rechtswidrig, insbesondere verwerflich im Sinne des § 240 Abs. 2 StGB und schuldhaft. Mithin hat sie sich nach § 240 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

Hinweis: Wurde bereits eine Strafbarkeit des T nach §§ 253 Abs. 1, 255 StGB bejaht, tritt § 240 Abs. 1 StGB aufgrund von Spezialität zurück.

IV. § 246 Abs. 1 StGB durch das Verschwinden mit den entnommenen Geldscheinen

Indem sich T die Geldscheine vorsätzlich, rechtswidrig und schuldhaft zugeignet hat, hat sie sich nach § 246 Abs. 1 StGB strafbar gemacht

Hinweis: Wenn mit dem BGH eine Strafbarkeit nach §§ 253 Abs. 1, 255 StGB angenommen wird, tritt § 246 Abs. 1 StGB wegen formeller Subsidiarität zurück.

Hinweis: Freilich wäre im ersten Tatkomplex noch eine Strafbarkeit nach § 263a Abs. 1 StGB in Betracht gekommen, deren Prüfung durch den Bearbeitervermerk für die Bearbeiterinnen und Bearbeiter allerdings ausgeschlossen war. Hierzu sei noch Folgendes ergänzt: Indem T den Auszahlungsbetrag am Geldautomaten ausgewählt hat, könnte sie das Ergebnis eines Datenverarbeitungsvorgangs durch unbefugte Verwendung von Daten beeinflussen haben. Dies würde jedoch nach herrschendem Verständnis voraussetzen, dass T Daten in einen Datenverarbeitungsvorgang eingebracht hat.⁵⁵ Zwar handelt es sich bei den auf der Bankkarte gespeicherten Informationen sowie der PIN grundsätzlich um Daten. Diese hat aber nicht T in den Datenverarbeitungsvorgang eingeführt und mithin nicht verwendet.⁵⁶ Allerdings könnte T durch die Auswahl des Auszahlungsbetrages Daten verwendet haben. Sie hat sie durch das bloße Auswählen des Auszahlungsbetrags jedoch nicht in den Datenverarbeitungsvorgang eingebracht. Die Auswahl einer von mehreren im System angelegten Alternativen stellt eine nachfolgende Inputhandlung in den laufenden Datenverarbeitungsvorgang dar und ist vielmehr als sonstige Einwirkung auf den

Ablauf nach Var. 4 zu qualifizieren.⁵⁷ Umstritten ist, ob das Merkmal „unbefugt“ wie nach herrschender Meinung⁵⁸ bei Var. 3 „betrugsspezifisch“ auszulegen ist. Das Vorliegen einer Täuschungsäquivalenz könnte vorliegend problematisch sein, da die Gewaltanwendung der T das Geschehen dominiert und sich ihr Verhalten deshalb gegenüber einer fiktiven Person wohl nicht als Täuschung über ihre Berechtigung zum Geldabheben darstellt.⁵⁹ Verzichtet man jedoch wie weite Teile in Literatur auf die Voraussetzung einer Täuschungsäquivalenz⁶⁰, wäre das Merkmal unbefugt zu bejahen. T hat durch die Auswahl des Auszahlungsbetrages auch das Ergebnis eines Datenverarbeitungsvorgangs beeinflusst und das Vermögen der Bank B geschädigt (vgl. oben). Sie handelte darüber hinaus vorsätzlich und in der Absicht, sich einen rechtswidrigen Vermögensnachteil zu verschaffen, sowie rechtswidrig und schuldhaft. Eine Strafbarkeit nach § 263a Abs. 1 Var. 4 StGB wäre demnach zu bejahen gewesen.⁶¹

2. Tatkomplex: „Wohin mit den Punkten?“**I. Strafbarkeit nach § 153 StGB durch das Ausfüllen und Übersenden des Anhörungsbogens**

Da es sich bei dem Landratsamt nicht um eine andere zur eidlichen Vernehmung zuständige Stelle im Sinne des § 153 StGB handelt, kommt eine Strafbarkeit des A nach § 153 StGB durch das Ausfüllen und Übersenden des Anhörungsbogens an das Landratsamt nicht in Betracht.

II. Strafbarkeit nach § 164 Abs. 2 StGB durch das Ausfüllen und Übersenden des Anhörungsbogens

Durch das Ausfüllen und Übersenden des Anhörungsbogens an das Landratsamt könnte sich A nach § 164 Abs. 2 StGB strafbar gemacht haben.

*1. Tatbestandsmäßigkeit**a) Aufstellen einer Behauptung*

Eine tatbestandliche Behauptung erfordert, dass gegenüber einer in § 164 Abs. 1 StGB bezeichneten Stelle oder öffentlich eine (sonstige) – objektive unwahre – Behauptung tatsächlicher Art aufgestellt wird, die geeignet ist, ein behördli-

⁵⁵ Perron, in: Schönke/Schröder (Fn. 10), § 263a Rn. 8; Kindhäuser (Fn. 9), § 263a Rn. 20; Mühlbauer, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 5, 3. Aufl. 2019, § 263a Rn. 35 m.w.N.

⁵⁶ So für die diesem Fall zugrunde liegende Entscheidung Jäger, JA 2018, 309 (312).

⁵⁷ Mühlbauer (Fn. 55), § 263a Rn. 89; a.A. wohl Brand, NJW 2018, 245 (246).

⁵⁸ Siehe zum Meinungsstand ausführlich Mühlbauer (Fn. 55), § 263a Rn. 43 ff.

⁵⁹ So Brand, NJW 2018, 245 (246).

⁶⁰ Fischer (Fn. 21), § 263a Rn. 18; Tiedemann/Valerius, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 9/1, 12. Aufl. 2012, § 263a Rn. 62; Mühlbauer (Fn. 55), § 263a Rn. 89 m.w.N. auch zur Gegenansicht.

⁶¹ So im Ergebnis bezogen auf die diesem Fall zugrunde liegende Entscheidung auch Jäger, JA 2018, 309 (312).

ches Verfahren oder andere behördliche Maßnahmen herbeizuführen oder fort dauern zu lassen.⁶²

Die im Anhörungsbogen der Bußgeldbehörde entgegen dem tatsächlichen Geschehen aufgestellte Behauptung, Führer des Kraftfahrzeugs zum Zeitpunkt der Begehung der Ordnungswidrigkeit sei X gewesen, erfolgte gegenüber dem Landratsamt als Behörde im Sinne des § 11 Abs. 1 Nr. 7 StGB und ist geeignet, eine behördliche Maßnahme, nämlich ein Bußgeldverfahren, auszulösen.⁶³

b) Personenbezug

Diese Behauptung müsste zugleich in Bezug auf eine andere Person aufgestellt worden sein („über einen anderen“). Zwar ist nicht erforderlich, dass der Handelnde den vermeintlichen Täter exakt bezeichnet. Die Behörde muss jedoch unschwer ermitteln können, gegen wen sich der Verdacht nach dem Willen des Handelnden richten soll.⁶⁴ Dies erfordert, dass die Behauptung sich gegen eine bestimmte oder wenigstens bestimmbare Person richtet, d.h. der vermeintliche Täter hinreichend individualisierbar ist.⁶⁵ Zweifelhaft ist mithin, ob auch die Benennung einer fiktiven Person tatbestandsmäßig ist.

Eine isolierte Betrachtung des Wortlauts „über einen anderen“ führt zu keinem zwingenden Ergebnis.⁶⁶ Anderes könnte in Bezug auf die Normüberschrift „Falsche Verdächtigung“ gelten, die selbst zwar keinen Teil des gesetzlichen Straftatbestands darstellt, aber im Rahmen der Auslegung berücksichtigt werden kann. Der Begriff der „Verdächtigung“ bezieht sich nach seinem Wortsinn stets auf eine konkret existierende Person, was dafür spricht, dass sich die Behauptung ebenfalls auf eine in Wirklichkeit existierende Person beziehen muss.⁶⁷

Aus einem systematischen Vergleich mit § 189 StGB folgt keine andere Lesart. Der Tatbestand der Verunglimpfung des Andenkens Verstorbener zielt zwar auf den postmortalen

Schutz der Ehre des „Verstorbenen“ ab, der systematische Rückschluss, dem Gesetzgeber sei mit der dort verwendeten Formulierung der Unterschied zwischen existierenden und nicht existierenden Personen bekannt, ist aber im Rahmen des § 164 Abs. 2 StGB nicht zwingend.⁶⁸ Eine nunmehr nicht existierende, da verstorbene Person existierte zuvor in der Wirklichkeit, während eine fiktive Person nie zuvor in der Wirklichkeit existierte. Systematisch liegt stattdessen ein Vergleich mit § 187 StGB näher. Die Norm spricht nicht nur – wie § 164 Abs. 2 StGB – von „einem anderen“, sondern bezweckt damit ebenfalls den Schutz des Einzelnen. Da eine Herabwürdigung einer fiktiven Person in der öffentlichen Meinung nicht möglich erscheint, ließe sich angesichts des beschriebenen Gleichlaufs dieses Ergebnis auf § 164 Abs. 2 StGB übertragen.⁶⁹ Letztlich spricht aber vor allem die Vorschrift des § 165 StGB dafür, dass sich die Behauptung gegen eine existierende Person richten muss. Die Norm gesteht dem Verletzten unter bestimmten Voraussetzungen ein Recht auf öffentliche Bekanntgabe der Verurteilung zu. Notwendigerweise setzt § 165 StGB somit bei einer Tat gem. § 164 StGB einen Verletzten, d.h. eine existierende Person voraus.⁷⁰ Zudem enthält das Gesetz mit § 145d StGB einen Tatbestand, der das Vortäuschen einer Straftat erfasst ohne einen Individualbezug aufzuweisen und außerdem einen geringeren Strafrahmen als § 164 StGB vorsieht. Diese Wertung darf nicht dadurch unterlaufen werden, dass Sachverhalte ohne Individualbezug ebenfalls unter § 164 StGB gefasst werden.

In teleologischer Hinsicht gilt es allerdings zu berücksichtigen, dass § 164 StGB nach herrschender Meinung sowohl den Schutz der Funktionsfähigkeit der innerstaatlichen Rechtspflege vor ungerechtfertigter Inanspruchnahme durch Irreführung bezweckt als auch den Schutz des Einzelnen, Opfer ungerechtfertigter wie irreführter staatlicher Maßnahmen zu werden. Zwar ist der Individualschutz nicht berührt, wenn bloß eine nichtexistierende Person verdächtigt wird. Sieht man aber bereits die Beeinträchtigung eines der beiden Rechtsgüter als zur Annahme strafwürdigen Verhaltens ausreichend an,⁷¹ könnte in Anbetracht der zumindest erfolgten Irreführung der innerstaatlichen Rechtspflege, eine nicht fiktive Person als „anderer“ im Sinne des § 164 Abs. 2 StGB angesehen werden.⁷² Dieses Verständnis würde auch das Entstehen einer Strafbarkeitslücke verhindern und damit zugleich der nicht unerheblichen Beeinträchtigung des Schutzgutes der innerstaatlichen Rechtspflege gerecht werden.

⁶² Zu der Unwahrheit der Verdächtigung *Zopfs*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 3, 3. Aufl. 2017, § 164 Rn. 33 ff.

⁶³ OLG Stuttgart NJW 2018, 1110 (1111); *Zopfs* (Fn. 62), § 164 Rn. 38 f.

⁶⁴ *Ruß*, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 6, 12. Aufl. 2009, § 164 Rn. 20.

⁶⁵ Zum Ganzen *Ruß* (Fn. 64), § 164 Rn. 20; *Zopfs* (Fn. 62), § 164 Rn. 16; *Valerius*, in: v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Strafgesetzbuch, 41. Ed. Stand: 1.2.2019, § 164 Rn. 13; *Bosch/Schittenhelm*, in: Schönke/Schröder (Fn. 10), § 164 Rn. 22; *Fischer* (Fn. 21), § 164 Rn. 7. In diesem Zusammenhang hat der BGH bereits entschieden, dass eine falsche Verdächtigung gegenüber einem Verstorbenen nicht vorliegen kann, BGH NJW 1959, 2172 (2172). Bereits das Reichsgericht hatte entschieden, dass eine falsche Anschuldigung nicht vorliege, wenn diese sich nicht gegen „eine bestimmte, vorhandene und erkennbare, also verfolgbare Person“ richtet, RGSt 46, 85 (87).

⁶⁶ OLG Stuttgart NJW 2018, 1110 (1111); *Greiner*, NZV 2017, 314 (315) „insofern erst einmal offen“.

⁶⁷ OLG Stuttgart NJW 2018, 1110 (1111).

⁶⁸ A.A. *Greiner*, NZV 2017, 314 (315).

⁶⁹ *Mitsch*, NJW 2018, 1112 (1113).

⁷⁰ OLG Stuttgart NJW 2018, 1110 (1111); kritisch *Mitsch*, NJW 2018, 1112 (1113).

⁷¹ BGH NJW 1960, 1678 (1679); *Bosch/Schittenhelm* (Fn. 65), § 164 Rn. 1a; *Ruß* (Fn. 64), § 164 Rn. 3; *Kühl* (Fn. 21), § 164 Rn. 1; *Fischer* (Fn. 21), § 164 Rn. 2 m.w.N.; dafür auch *Greiner*, NZV 2017, 314 (315); zu Recht kritisch *Zopfs* (Fn. 62), § 164 Rn. 2; *Rogall/Rudolphi*, in: Wolter (Fn. 4), § 164 Rn. 1 ff.; *Vormbaum*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Fn. 9), § 164 Rn. 7 m.w.N.

⁷² OLG Stuttgart NJW 2018, 1110 (1111 f.).

Letztlich gebietet eine verfassungskonforme Auslegung, dass sich die Behauptung im Sinne des § 164 Abs. 2 StGB auf eine existierende Person bezieht. Art. 103 Abs. 2 GG statuiert die Verpflichtung des Gesetzgebers, die Voraussetzungen eines Straftatbestands so konkret zu umschreiben, dass dessen „Tragweite und Anwendungsbereich sowie Rechtsfolgen eines Verstoßes zu erkennen sind und sich durch Auslegung ermitteln lassen“⁷³. Die Auslegung eines Straftatbestandes findet daher – in Abgrenzung zur unzulässigen Analogie – ihre äußerste Grenze in dem noch möglichen Wortsinn.⁷⁴ In diesem Zusammenhang gilt es zu beachten, dass das Normverständnis – neben dem offenen Wortlaut (siehe oben) – durch die gesetzlichen Norm- und Abschnittsüberschriften, in denen jeweils von „Verdächtigung“ die Rede ist, geprägt wird. Dieses auf dem Wortsinn aufbauende Argument führt zusammen mit dem Ergebnis der systematischen Auslegung zu einer Verengung des möglichen Wortlautverständnisses. Ein gegenteiliges Ergebnis hat aus Sicht des Bürgers im Gesetz keinen hinreichend bestimmten Ausdruck gefunden, weshalb die Einbeziehung nichtexistenter Personen einer verfassungswidrigen, da täterbelastenden Analogie nahekommen würde.⁷⁵ Darüber hinaus wird die Alternativitätstheorie von Teilen der Literatur mangels gesetzlicher Stütze, systematischer Stellung der Norm sowie Schutz des Individuums durch §§ 185 ff. StGB nicht als zwingend erachtet.⁷⁶ Das Ergebnis der entgegenstehenden teleologischen Auslegung ist insofern nicht angefochten.

Die Verdächtigung einer nichtexistenten Person genügt im Rahmen des § 164 Abs. 2 StGB im Ergebnis nicht.⁷⁷ A hat demnach keine auf eine andere Person bezogene Behauptung aufgestellt. Folglich wurde der objektive Tatbestand nicht verwirklicht.

Hinweis: Eine derart ausführliche gutachterliche Erörterung des in Rede stehenden Problems anhand des juristischen Auslegungskanonens kann von den Bearbeiterinnen und Bearbeitern nicht erwartet werden. Sie soll lediglich dazu dienen, verschiedene Argumentationsansätze aufzuzeigen. Eine andere Meinung ist unter Hinweis auf den, isoliert betrachtet, offenen Wortlaut sowie den Schutzzweck der Norm vertretbar.

⁷³ BVerfGE 47, 109 = NJW 1978, 933 (934).

⁷⁴ Fischer (Fn. 21), § 1 Rn. 21; Rengier, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 10. Aufl. 2018, § 5 Rn. 5.

⁷⁵ Greiner, NZV 2017, 314 (315 f.); LG Tübingen BeckRS 2017, 142975. Ähnlich OLG Stuttgart NJW 2018, 1110 (1112).

⁷⁶ Zopfs (Fn. 62), § 145d Rn. 2 f.; Rogall/Rudolphi (Fn. 71), § 164 Rn. 1 ff.; Vormbaum (Fn. 71), § 164 Rn. 7 m.w.N.

⁷⁷ OLG Stuttgart NJW 2018, 1110 (1111 f.); LG Tübingen BeckRS 2017, 142975; Mitsch, NJW 2018, 1112 (1112 f.); Greiner, NZV 2017, 314 (315 f.); dies entspricht soweit ersichtlich zugleich der herrschenden Meinung in der Literatur, siehe Ruß (Fn. 64), § 164 Rn. 20; Zopfs (Fn. 62), § 164 Rn. 16; Valerius (Fn. 65), § 164 Rn. 13; Bosch/Schittenhelm (Fn. 65), § 164 Rn. 22; Fischer (Fn. 21), § 164 Rn. 7.

2. Ergebnis

A hat sich nicht nach § 164 Abs. 2 StGB strafbar gemacht.

Hinweis: In der diesem Teil des Falles zugrunde liegenden Entscheidung des OLG Stuttgart in NJW 2018, 1110 ging es um die Strafbarkeit desjenigen, der im Ausgangspunkt von dem Bußgeldverfahren betroffen war und dem Anbieter der Anzeige im Internet den Anhörungsbogen zukommen ließ (im vorliegenden Sachverhalt die T). Wenn nach einer Strafbarkeit der T gefragt wäre, müsste man sich insoweit – über die Frage nach der Tatbestandsmäßigkeit der Verdächtigung einer nicht existierenden Person hinaus – die Frage einer täterschaftlichen Zurechnung stellen. Das OLG Stuttgart deutet wohl eine mittelbare Täterschaft nach § 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB an.⁷⁸ Allerdings dürfte im Falle der Tatbestandsmäßigkeit der Verdächtigung einer nicht existierenden Person wohl eher eine mittäterschaftliche Zurechnung des Ausfüllens und Übersendens des Anhörungsbogens gem. § 25 Abs. 2 StGB in Betracht kommen. Anders als in dem Fall, in dem sich der Dritte wahrheitswidrig selbst als verantwortlichen Fahrzeugführer angibt⁷⁹, liegt im Falle der Angabe einer nicht existierenden Person kein Mangel in der Person des Handelnden vor.⁸⁰ Ist der Sachverhalt so gelagert, dass der Anbieter der Punkteübernahme absprachewidrig nicht sich selbst, sondern eine nicht existierenden Person im Anhörungsbogen angibt, könnte man für den eigentlich vom Bußgeldverfahren Betroffenen – der davon ausgeht, der andere bezichtige sich selbst – an eine Strafbarkeit wegen versuchter mittelbarer Täterschaft denken. Der Versuch des § 164 Abs. 2 StGB ist aber nicht strafbar.

III. Strafbarkeit nach § 258 Abs. 1 StGB durch das Ausfüllen und Übersenden des Anhörungsbogens

Da es sich bei einer Ordnungswidrigkeit nicht um eine rechtswidrige Tat im Sinne des § 11 Abs. 1 Nr. 5 StGB handelt und zudem der Erlass eines Bußgeldbescheids in Ansehung der Geschwindigkeitsüberschreitung keine Maßnahme im Sinne des § 11 Abs. 1 Nr. 8 StGB darstellt, kommt eine Strafbarkeit des A nach § 258 Abs. 1 StGB nicht in Betracht.

IV. Strafbarkeit nach § 145d Abs. 2 Nr. 1 StGB durch das Ausfüllen und Übersenden des Anhörungsbogens

Ebenso scheidet mangels rechtswidriger Tat im Sinne des § 11 Abs. 1 Nr. 5 StGB eine Strafbarkeit des A nach § 145d Abs. 2 Nr. 1 StGB.

⁷⁸ OLG Stuttgart NJW 2018, 1110 (1112).

⁷⁹ Siehe zu dieser Konstellation die Urteile des OLG Stuttgart NStZ 2016, 155 und NJW 2017, 1971.

⁸⁰ Vgl. auch Jahn, JuS 2018, 591 (592).

V. Strafbarkeit nach § 267 Abs. 1 Var. 1, Var. 3 StGB durch das Ausfüllen und Übersenden des Anhörungsbogens

Durch das Ausfüllen und Übersenden des Anhörungsbogens an das Landratsamt könnte sich A nach § 267 Abs. 1 Var. 1, Var. 3 StGB strafbar gemacht haben.

1. Tatbestandsmäßigkeit

A könnte eine unechte Urkunde hergestellt haben. Bei dem handschriftlich ausgefüllten Anhörungsbogen handelt es sich um eine verkörperte menschliche Gedankenerklärung hinsichtlich der Begehung der in Rede stehenden Ordnungswidrigkeit, die zum Beweis im Rechtsverkehr geeignet und bestimmt ist und einen Aussteller erkennen lässt.⁸¹ Bei X als dem aus der Urkunde hervorgehenden Aussteller handelt es nicht um den tatsächlichen Aussteller. Tatsächlicher Aussteller ist vielmehr der A. Die Tatsache, dass der angebliche Aussteller X in Wirklichkeit nicht existiert, ist in Anbetracht der dennoch vorliegenden Identitätstäuschung unbeachtlich.⁸² A hat mithin eine unechte Urkunde hergestellt.

Indem A dem Landratsamt den Anhörungsbogen übersendete, hat er zudem eine unechte Urkunde gem. § 267 Abs. 1 Var. 3 StGB gebraucht.

A handelte vorsätzlich sowie zur Täuschung im Rechtsverkehr und erfüllt damit den subjektiven Tatbestand.

Stellt ein Täter die unechte Urkunde selbst her und macht dann von dieser planmäßig Gebrauch, liegt eine tatbestandliche Handlungseinheit und mithin nur eine Tat vor.⁸³

2. Rechtswidrigkeit, Schuld

A handelte rechtswidrig und schuldhaft.

3. Ergebnis

Er hat sich mithin nach § 267 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

Hinweis: Für die Annahme einer Gewerbsmäßigkeit des A im Sinne des § 267 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 StGB bestehen im Sachverhalt keine näheren Anhaltspunkte. Eine gegenteilige Sachverhaltsauslegung in Bezug auf das Angebot des A im Internet ist noch vertretbar.

VI. Strafbarkeit nach §§ 271 Abs. 1, Abs. 4, 22 StGB durch das Ausfüllen und Übersenden des Anhörungsbogens

Durch das Ausfüllen und Übersenden des Anhörungsbogens an das Landratsamt könnte sich A nach §§ 271 Abs. 1, Abs. 4, 22 StGB strafbar gemacht haben.

Zwar wollte er in Hinblick auf die Eintragung der aus der Ordnungswidrigkeit resultierenden Punkte bei einer anderen Person als dem tatsächlichen Täter eine falsche Eintragung

der Ordnungswidrigkeit im Fahreignungsregister herbeiführen. Bei dem vom Kraftfahrt-Bundesamt geführte Fahreignungsregister müsste es sich jedoch um ein öffentliches Register i.S.v. § 271 Abs. 1 StGB handeln. Ein öffentliches Register stellt eine Sonderform der öffentlichen Urkunde dar.⁸⁴ Eine öffentliche Urkunde muss unter anderem Beweiskraft für und gegen jedermann entfalten.⁸⁵ Allerdings können nur Gerichte und Behörde sowie jedermann bezüglich der ihn selbst betreffenden Eintragungen Einsicht in das Fahreignungsregister nehmen. Indem die Beweiskraft somit nicht für und gegen jedermann beurkundet wird, handelt es sich bei dem Fahreignungsregister nur um ein innerdienstliches, nicht aber ein öffentliches Register.⁸⁶

Eine Strafbarkeit des A nach §§ 271 Abs. 1, Abs. 4, 22 StGB scheidet damit aus.

VII. Strafbarkeit nach § 263 Abs. 1 StGB durch das Ausfüllen und Übersenden des Anhörungsbogens

Durch das Ausfüllen und Übersenden des Anhörungsbogens an das Landratsamt könnte sich A nach § 263 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben.

1. Tatbestandsmäßigkeit

a) Täuschung über Tatsachen

Durch die unwahre Behauptung im Fragebogen, er – X – sei zur Tatzeit der verantwortliche Fahrzeugführer gewesen, wirkte A intellektuell auf das Vorstellungsbild eines anderen ein und spiegelte damit eine falsche Tatsache vor.

b) Irrtum

Da das Verfahren gegen T infolgedessen eingestellt wurde, unterlag der behördliche Sachbearbeiter hierdurch einer entsprechenden Fehlvorstellung, mithin einem Irrtum.

c) Vermögensverfügung

Der behördliche Sachbearbeiter müsste eine Vermögensverfügung vorgenommen haben. Dies ist jedes Handeln, Dulden oder Unterlassen, das sich unmittelbar vermögensmindernd auswirkt.⁸⁷ Eine Vermögensminderung könnte hier in dem Unterlassen der Fortsetzung des gegen T gerichteten Bußgeldverfahrens, also dem Unterlassen des Erlasses eines Bußgeldbescheids, zu sehen sein. Dabei würde es sich jedoch nur dann um eine Vermögensminderung handeln, wenn staatliche Sanktionen, denen ein Geldwert beigemessen werden kann, dem von § 263 StGB geschützten Vermögen unterfallen.

Dagegen spricht, dass staatliche Strafansprüche primär die Funktion eines repressiven Ahnungsinstruments haben, die die monetäre Funktion und den vermögensrechtlichen

⁸¹ Zum Urkundenbegriff *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 18. Aufl. 2017, § 32 Rn. 1 ff.

⁸² BGH NJW 1954, 320; *Heine/Schuster*, in: Schönke/Schröder (Fn. 10), § 267 Rn. 49; *Fischer* (Fn. 21), § 267 Rn. 30.

⁸³ St. Rspr., vgl. zuletzt BGH NStZ 2018, 205; BGH NStZ 2018, 468.

⁸⁴ *Freund*, in: Joecks/Miebach (Fn. 55), § 271 Rn. 11.

⁸⁵ St. Rspr., vgl. zuletzt BGH NStZ 2018, 406 (407).

⁸⁶ OLG Stuttgart NJW 2018, 1110 (1112); *Zieschang*, in: Lauffhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 9/2, 12. Aufl. 2012, § 271 Rn. 67.

⁸⁷ *Rengier* (Fn. 9), § 13 Rn. 63.

Charakter in den Hintergrund treten lässt.⁸⁸ Dies wird bestätigt von dem Umstand, dass derartige Sanktionsansprüche nicht wie andere Vermögenswerte frei im wirtschaftlichen Verkehr austauschbar sind.⁸⁹ Zudem ist, systematisch betrachtet, mit § 258 Abs. 1 StGB auch bereits eine Norm gegeben, die den Strafwürdigkeitsgehalt einer Sanktionsvereitelung abschließend erfasst und spezielle Wertungen, wie das Selbstbegünstigungsprivileg gem. § 258 Abs. 5 StGB enthält, die dadurch unterlaufen werden können, dass Sanktionsansprüche in den Schutzbereich des § 263 Abs. 1 StGB einbezogen werden.⁹⁰ Mithin ist es vorzugswürdig, staatliche Sanktionsansprüche aus dem von § 263 Abs. 1 StGB geschützten Vermögen auszunehmen. Das Unterlassen der Fortsetzung des Bußgeldverfahrens gegen T stellt daher mangels Vermögensbezugs keine Vermögensverfügung dar.

2. Ergebnis

A hat sich nicht wegen Betrugs gegenüber dem behördlichen Sachbearbeiter und zu Lasten des Fiskus gem. § 263 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

Hinweis: Eine andere Ansicht ist gut vertretbar. So wird eine Vermögensverfügung teilweise mit der Begründung bejaht, auch staatliche Strafansprüche würden von der Rechtsordnung anerkannte Ansprüche mit Vermögenswert darstellen.⁹¹ Dafür könnte etwa vorgebracht werden, dass insbesondere Verwarnungsgelder zunehmend als feste Größe bei der Bestimmung des jährlichen Haushaltes einbezogen und kalkuliert würden.⁹² Wer eine Vermögensverfügung bejaht, kommt auch zum Vorliegen eines Vermögensschadens. Im subjektiven Tatbestand wäre dann insbesondere die Bereicherungsabsicht zu thematisieren. Eine Eigenbereicherungsabsicht kommt insofern nicht in Betracht, da A die 500 € von T bereits erhalten hat und diese Bereicherung jedenfalls nicht stoffgleich wäre. Zu erörtern wäre eine Drittbereicherungsabsicht zugunsten der T. Dem A müsste es also auf eine Bereicherung der T

angekommen sein. Zwar wird hier als ausreichend erachtet, dass der Vorteil als notwendiges Mittel für einen dahinter liegenden weiteren (End-)Zweck erstrebt wird,⁹³ vorliegend hat A die Bezahlung von T jedoch bereits erhalten, sodass diese nicht als dahinter liegender Zweck angesehen werden kann.⁹⁴ Allenfalls könnte man die Bereicherung der T als notwendiges und mithin (mit-)beabsichtigtes Zwischenziel damit begründen, dass es A gerade darauf ankam, sich durch die Bereicherung der T einer weiteren Rechtfertigung des dauerhaften Erhalts der 500 € gegenüber T zu entziehen.

Konkurrenzen und Gesamtergebnis

T hat sich im ersten Tatkomplex wegen Nötigung nach § 240 Abs. 1 StGB und Unterschlagung nach § 246 Abs. 1 StGB strafbar gemacht. Da das Wegstoßen und das Entnehmen des Bargeldes eine natürliche Handlungseinheit bilden, stehen die Taten zueinander in Tateinheit gem. § 52 StGB.

A hat sich im zweiten Tatkomplex nach § 267 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

⁸⁸ OLG Köln NJW 2002, 527 (528); *Hefendehl*, in: Joecks/Miebach (Fn. 55), § 263 Rn. 497 f.; *Fischer* (Fn. 21), § 263 Rn. 99; *Perron* (Fn. 55), § 263 Rn. 78a; *Hoyer* (Fn. 4), § 263 Rn. 129; *Kühl* (Fn. 21), § 263 Rn. 45; *Tiedemann*, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Fn. 60), § 263 Rn. 145; *Beuckelmann*, in: v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Strafgesetzbuch, 42. Ed., Stand: 1.5.2019, § 263 Rn. 41; *Rengier* (Fn. 9), § 13 Rn. 127.

⁸⁹ *Hefendehl* (Fn. 88), § 263 Rn. 498; *Hoyer* (Fn. 4), § 263 Rn. 129; vgl. auch BGH NJW 1993, 273 (275).

⁹⁰ *Fischer* (Fn. 21), § 263 Rn. 99; *Rengier* (Fn. 9), § 13 Rn. 127.

⁹¹ *Fahl*, NStZ 2017, 65; diese Ansicht als durchaus plausibel bezeichnend *Kindhäuser* (Fn. 9), § 263 Rn. 247; vgl. auch *Graul*, JR 1991, 435, die jedoch § 258 Abs. 5 StGB analog anwenden will; mit weitergehenden Argumenten *Mitsch*, NStZ 2016, 564 (565 f.), der aber kritisch zur Unmittelbarkeit der Vermögensminderung in einem der hiesigen Konstellation vergleichbaren Fall steht.

⁹² *Kindhäuser* (Fn. 9), § 263 Rn. 247.

⁹³ *Rengier* (Fn. 9), § 13 Rn. 238; *Perron* (Fn. 55), § 263 Rn. 176 m.w.N.

⁹⁴ Darin unterscheidet sich die hiesige Konstellation von dem gängigen Beispiel, in dem es einem Provisionsvertreter, der einen Kunden zum Abschluss eines nachteiligen Vertrages veranlasst, gerade darum geht seinen Unternehmer zu bereichern, da dessen Bereicherung als notwendiges Mittel zur Erlangung der letztlich erstrebten Provision angesehen wird, vgl. hierzu *Perron* (Fn. 55), § 263 Rn. 176 m.w.N.