

Fortgeschrittenenklausur: Cum-Cum des kleinen Mannes

Wiss. Mitarbeiter Jannik Heine, Ref. iur. und Wiss. Hilfskraft Jonathan Kuchinke, Marburg*

Die Fortgeschrittenenklausur wurde im Wintersemester 2022/2023 als Teil der Fortgeschrittenen Übung im Strafrecht bei Prof. Dr. Stefanie Bock gestellt. Die Bearbeitungszeit betrug 120 Minuten. Im Durchschnitt wurden 4,06 Punkte erzielt (Misserfolg: ca. 45 %; Prädikat: ca. 7 %). Die Klausur weist einen durchschnittlichen Schwierigkeitsgrad auf. Die Schwerpunkte aus dem Kernbereich der Vermögensdelikte sollten mit dem Grundhandwerkszeug gut zu lösen sein: Bestimmung des korrekten Tatobjekts, Wegnahme, Aneignungsabsicht bei Verzehr, Bestimmung der Unbefugtheit in § 263a Abs. 1 Var. 3 StGB, Gefährdungsschaden, Irrtum. Die Zusatzfrage verlangt Ausführungen zum Strafprozessrecht und ist vom Niveau im überdurchschnittlichen Bereich angesiedelt, da man sich mit einer unbekanntenen Frage auseinandersetzen muss. Hier stand das Auffinden der relevanten Normen mit sachgerechter Argumentation im Vordergrund und weniger das Ergebnis.

Sachverhalt

An einem heißen Sommertag ist T in der Getränkeabteilung eines Supermarkts der R-GmbH. Obwohl T kein Geld dabei hat, ist er der Meinung, dass endgültig die Frage geklärt werden müsse, ob BraTee oder Dirtea das bessere Getränk zum Durst löschen sei. Aus diesem Grund trinkt T jeweils eine Dose BraTee und eine Dose Dirtea aus. Dass am Ladeneingang und an den Regalen ein Schild mit der Aufschrift „Konsum der Ware vor Bezahlung ist unzulässig“ steht, interessiert T nicht. Nach Vollendung der Verkostung inklusive anschließender Evaluation der Produkte, legt T die Dosen in den mitgebrachten Einkaufswagen und geht zum Pfandautomaten. Dort wirft T die leeren Dosen in die vorgesehene Öffnung. Der Automat liest ordnungsgemäß die Etiketten der Dosen aus und stellt T anschließend einen Pfandbon über 50 Cent aus.

Mit dem Pfandbon geht T zur Kasse und löst diesen ein. Die Auszahlung wickelt K – als Kassierkraft bei der R-GmbH angestellt – ab, ohne sich Gedanken um die Herkunft des Pfandbons zu machen. Anschließend verlässt T das Geschäft.

Frage 1

Wie hat sich T nach dem StGB strafbar gemacht?

* Der Sachverhalt wurde im Wintersemester 2022/23 als Klausur für Fortgeschrittene im Strafrecht gestellt. Die Autoren bedanken sich bei Prof. Dr. Stefanie Bock für die wertvollen Anmerkungen und Hinweise.

** Der Autor Heine ist Wiss. Mitarbeiter am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Handels- und Wirtschaftsrecht, Bankrecht sowie Rechtsvergleichung von Prof. Dr. Sebastian Omlor, LL.M. (NYU), LL.M. Eur. an der Universität Marburg. Der Autor Kuchinke ist Rechtsreferendar am Landgericht Marburg und Wiss. Hilfskraft am Institut für Kriminalwissenschaften bei Prof. Dr. Stefanie Bock an der Philipps-Universität Marburg.

Hinweis: §§ 303, 261 und 123 StGB sind nicht zu prüfen.

Bei dem Pfandbon handelt es sich um ein sog. kleines Inhaberpapier i.S.d. § 807 BGB. Der Aussteller hat an den Besitzer des Bons gegen dessen Rückgabe zu leisten (vgl. § 807 BGB i.V.m. § 797 S. 1 BGB).

§ 31 Abs. 2 S. 1 Verpackungsgesetz lautet: Vertreiber von mit Getränken befüllten Einweggetränkerverpackungen sind verpflichtet, restentleerte Einweggetränkerverpackungen am Ort der tatsächlichen Übergabe oder in dessen unmittelbarer Nähe zu den geschäftsüblichen Öffnungszeiten unentgeltlich zurückzunehmen und das Pfand zu erstatten.

Wegen der Überwachungskameras, die im Laden aufgestellt waren, wird das Verhalten von T nachträglich bemerkt und Anklage gegen T erhoben. Als die Hauptverhandlung beginnt, ist T jedoch entsetzt. Die die Hauptverhandlung leitende Richterin R ist nämlich einzige Gesellschafterin der R-GmbH. T meint daher, dass R kraft Gesetzes ausgeschlossen sei oder jedenfalls die Besorgnis der Befangenheit bestünde. R widerspricht, da nur die R-GmbH (nicht aber sie selbst) Opfer der Straftaten von T sei.

Frage 2

Kann T R als Richterin ablehnen?

Frage 1	344
Tatkomplex 1: Trinken des Tees	344
I. § 242 Abs. 1 StGB durch Austrinken der Dosen	344
1. Objektiver Tatbestand.....	344
a) Fremde bewegliche Sache	344
b) Wegnahme.....	345
2. Subjektiver Tatbestand	346
a) Vorsatz	346
b) Absicht rechtswidriger Zueignung.....	346
3. Rechtswidrigkeit und Schuld	346
4. Zwischenergebnis.....	346
II. § 246 Abs. 1 StGB durch Austrinken der Dosen	346
Tatkomplex 2: Pfandautomat	347
I. § 263a Abs. 1 Var. 2, Var. 3 StGB durch Einwerfen in den Pfandautomaten	347
1. Objektiver Tatbestand.....	347
a) Verwendung unrichtiger Daten	347
b) Unbefugte Verwendung der Daten	347
c) Beeinflussung des Ergebnisses eines Datenverarbeitungsvorgangs mit unmittelbar vermögensmindernder Wirkung	348
d) Vermögensschaden.....	349

2. Subjektiver Tatbestand	349
3. Rechtswidrigkeit und Schuld	349
4. Ergebnis	349
II. § 246 Abs. 1 StGB	350
Tatkomplex 3: Kasse	350
I. § 263 Abs. 1 StGB durch Einlösen des Pfandbons	350
1. Objektiver Tatbestand.....	350
a) Täuschung	350
b) Irrtum	351
2. Zwischenergebnis.....	351
Gesamtergebnis	351
Frage 2	351
I. Gesetzlicher Ausschluss	351
II. Besorgnis der Befangenheit	352
III. Ergebnis.....	352

Frage 1

Tatkomplex 1: Trinken des Tees

I. § 242 Abs. 1 StGB durch Austrinken der Dosen

Indem T die Dosen ausgetrunken hat, kann sich T wegen Diebstahls nach § 242 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben.

1. Objektiver Tatbestand

a) Fremde bewegliche Sache

Zunächst muss eine fremde bewegliche Sache vorgelegen haben. Bei den Dosen handelt es sich um körperliche Gegenstände, welche tatsächlich fortbewegt werden können. Fraglich ist aber, ob es sich bei dem Doseninhalt um eine eigenständige Sache handelt. Entscheidend für die Bestimmung der Körperlichkeit ist die Abgrenzbarkeit. Flüssigkeiten haben dann eine eigenständige Sachqualität, wenn sie sich – wie hier – in einem Behältnis befinden.¹ Der Doseninhalt stellt damit eine eigenständige Sache dar.

Dosen und Inhalt sind fremd, wenn sie im Eigentum einer anderen Person als T stehen.² Die Dosen und deren Inhalt standen im Eigentum der R-GmbH und sind damit taugliche Tatobjekte.

¹ Grundlegend RGSt 29, 111; *Ellenberger*, in: Grüneberg, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 82. Aufl. 2023, § 90 Rn. 1.

² *Schmitz*, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 242 Rn. 31.

Anmerkung: Eine Differenzierung zwischen Einheits- und Individualprodukten wird nur bei Mehrwegflaschen vorgenommen.³ Sie ist für diesen Fall daher nicht relevant.

b) Wegnahme

T hat die Dosen und ihren Inhalt weggenommen, wenn T fremden Gewahrsam gebrochen und neuen Gewahrsam begründet hat.⁴ Gewahrsam ist die von einem natürlichen Herrschaftswillen getragene tatsächliche Sachherrschaft, wobei sich beides nach der Verkehrsanschauung bestimmt.⁵ Die Dosen befanden sich in Räumlichkeiten, welche von der Verkehrsanschauung der R-GmbH zugeordnet werden. Anders als Besitz können juristische Personen jedoch keinen Gewahrsam innehaben. Für diese üben dann das jeweils zuständige Organe die Sachherrschaft aus, hier also die Marktleitung.⁶ Die Dosen samt Inhalt befanden sich in dem von der Marktleitung kontrollierten Herrschaftsbereich und waren damit Gegenstand fremden Gewahrsams.

Neuen Gewahrsam hat T begründet, wenn T die Herrschaft über die Sachen derart erlangt hat, dass diese ohne Behinderung durch die bisher gewahrsamsinhabende Person ausgeübt werden kann.⁷ Bei unauffälligen, leicht beweglichen Gegenständen, genügt es, wenn diese ergriffen werden, da zu diesem Zeitpunkt ein fremder Zugriff auf die Sache nicht mehr möglich ist.⁸ Die Dosen waren aber so groß, dass sie trotz des Ergreifens weiterhin für alle umstehenden Personen sichtbar waren. Als T die Dosen öffnete und aus ihnen trank, war erkennbar, dass es sich um Dosen handelte, die aus dem Regal genommen waren und noch an der Kasse bezahlt werden mussten. T hat die Dosen nicht zwischenzeitlich in die eigene Sozialsphäre verbracht und damit die Zuordnung zum generellen Herrschaftsbereich der Marktleitung unterbrochen. Somit hatte T zu keinem Zeitpunkt die alleinige Herrschaft über die Dosen und damit keinen Gewahrsam.

Anders verhält es sich mit dem Doseninhalt. In dem Augenblick des Trinkens wurde die bisher gewahrsamsinhabende Person von jedem Einfluss auf diesen Teil der Ware ausgeschlossen. Der Inhalt war nach der allgemeinen Verkehrsanschauung eindeutig der Herrschaftssphäre von T zuzuordnen. An einer neuen Gewahrsamsbegründung könnte man allenfalls deswegen zweifeln, weil die Doseninhalte mit Vollendung des Schluckakts ihre Sachqualität verloren haben und der neue Gewahrsam daher nur für wenige Sekunden bestand. Auf die Dauer des neuen Gewahrsams kommt es aber nicht an. Insgesamt kann der Fall nicht anders beurteilt werden, als wenn T einen kleinen Gegenstand innerhalb der Geschäftsräume in den Mund genommen hätte, um ihn dort zu verstecken.⁹ Somit hat T neuen Gewahrsam an dem Doseninhalte begründet.

Fremden Gewahrsam hat T gebrochen, wenn T den Gewahrsam der bisher innehabenden Person ohne deren Einverständnis aufgehoben hat.¹⁰ Ausweislich des im Laden aufgestellten Schildes, bestand kein Einverständnis hinsichtlich des Konsums von Produkten vor dem Bezahlen. Somit

³ Zu der Eigentumsfrage bei Pfandflaschen siehe BGH NJW 2007, 2913 (2913, 2914).

⁴ RGSt 48, 58 (59 f.); Schmitz, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 242 Rn. 49.

⁵ BGHSt 16, 271 (273) = NJW 1961, 2266; Krit. zur Normativierung Rotsch, ZJS 2008, 132 (135 ff.).

⁶ Kindhäuser/Hilgendorf, in: Kindhäuser/Hilgendorf, Lehr- und Praxiskommentar, 9. Aufl. 2022, § 242 Rn. 27.

⁷ Krit. zu in diesem Zusammenhang formulierten abweichenden Theorien Schmitz, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 242 Rn. 84.

⁸ BGH NStZ 2019, 613 (614) m.w.N.

⁹ Vgl. OLG Düsseldorf NJW 1986, 392 (teilweises Austrinken von drei Schnapsflaschen).

¹⁰ Schmitz, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 242 Rn. 86; Für eine Reduktion auf die Formel „gegen den Willen“ siehe Ludwig/Lange, JuS 2000, 446 (449 f.).

erfolgte der Gewahrsamswechsel an den Doseninhalten auch ohne Einverständnis. T hat den fremden Gewahrsam also gebrochen und den Doseninhalt somit weggenommen.

2. Subjektiver Tatbestand

a) Vorsatz

T hatte Kenntnis aller die Tatbestandsverwirklichung begründenden Umstände und billigte diese auch, handelte also vorsätzlich.¹¹

b) Absicht rechtswidriger Zueignung

T wollte den Doseninhalt zumindest temporär in das eigene Vermögen einverleiben und billigte außerdem, dass die bisher eigentumsinnehabende Person dauerhaft aus ihrer Position verdrängt wird.¹² Dass T hier nicht nur den Entzug der faktischen Ausübungsmöglichkeiten, die das Eigentum bietet, sondern sogar den Verlust des Eigentumsrechts billigte, rechtfertigt keine abweichende Bewertung.¹³ Liegt der wirtschaftliche Wert einer Sache gerade im einmaligen Verbrauch und will der Täter sich gerade diesen einverleiben, liegt nicht ein bloßes Zerstören vor, sondern ein Überführen in die eigene Vermögenssphäre; T handelte folglich mit Aneignungsabsicht. Ein Anspruch auf Übereignung der Doseninhalte bestand nicht, was T auch bewusst war.¹⁴ Somit handelte T mit der Absicht, sich die Doseninhalte rechtswidrig zuzueignen.

3. Rechtswidrigkeit und Schuld

Rechtfertigungs-, Entschuldigungs- oder Schuldausschließungsgründe sind nicht ersichtlich. T handelte rechtswidrig und schuldhaft.

4. Zwischenergebnis

T hat sich wegen Diebstahls nach § 242 Abs. 1 StGB strafbar gemacht. Wegen der Geringwertigkeit der weggenommenen Sache ist das Strafantragserfordernis nach § 248a StGB zu beachten.

II. § 246 Abs. 1 StGB durch Austrinken der Dosen

Der gleichzeitig verwirklichte § 246 Abs. 1 StGB tritt aufgrund formeller Subsidiarität gem. § 246 Abs. 1 StGB a.E. zurück.

¹¹ BGH NSTz 1999, 507 (508); *Mitsch*, in: Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 13. Aufl. 2021, § 20 Rn. 53 f.; *Maurach/Zipf/Jäger*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Teilbd. 1, 9. Aufl. 2022, § 22 Rn. 34.

¹² RGSt 43, 17 (20); *Schmitz*, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 242 Rn. 126.

¹³ *Schmitz*, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 242 Rn. 132.

¹⁴ Zum Erfordernis eines Anspruchs auf Übereignung siehe *Schmitz*, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 242 Rn. 173; Zur Gegenauffassung, welche die Rechtswidrigkeit nur bei Vorliegen der Voraussetzungen von § 229 BGB verneint siehe *Hirsch*, JZ 1963, 149 (152).

Tatkomplex 2: Pfandautomat

I. § 263a Abs. 1 Var. 2, Var. 3 StGB durch Einwerfen in den Pfandautomaten

T kann sich gem. § 263a Abs. 1 Var. 2, Var. 3 StGB eines Computerbetruges schuldig gemacht haben, indem er die nicht bezahlten Dosen in den Pfandautomaten warf.

1. Objektiver Tatbestand

a) Verwendung unrichtiger Daten

T könnte unrichtige Daten verwendet haben. Unrichtig sind Daten, wenn der durch sie vermittelte Informationsgehalt in der Wirklichkeit keine Entsprechung hat, sie sind unvollständig, wenn sie den Sachverhalt, auf den sie sich beziehen, nicht ausreichend erkennen lassen.¹⁵ Hier hat T aber gerade nicht die einzulesenden Informationen manipuliert. Er hat den Automaten vielmehr äußerlich korrekt bedient, sodass die Verwendung unrichtiger Daten ausscheidet.

b) Unbefugte Verwendung der Daten

T könnte durch das Einlegen des Leerguts Daten unbefugt verwendet haben. Verwendet sind die Daten, wenn sie in das Datenverarbeitungsgerät eingebracht werden, was hier durch das Einlegen und der erfolgenden Erfassung durch den Automaten vorliegt.

Fraglich ist, ob die Daten auch unbefugt verwendet wurden.

Man könnte dafür verlangen, dass sich der entgegenstehende Wille des Betreibers in irgendeiner Form in der Programmierung des Automaten niederschlagen muss.¹⁶ Auf den Fall bezogen wäre es danach erforderlich, dass der Pfandautomat prüft, ob das eingelegte Leergut zuvor bezahlt wurde. Pfandautomaten prüfen jedoch nur flaschenbezogene Informationen, nicht aber darüber hinausgehende Umstände, insbesondere nicht, ob diese konkrete Dose zuvor bezahlt wurde. Danach fehlt es an der Unbefugtheit.

Es ließe sich aber auch mit einer rein subjektiven Betrachtung auf den Willen des Automatenbetreibers abstellen.¹⁷ Dieser wird angesichts der drohenden Schäden nicht wollen, dass unbezahlte Pfanddosen zurückgegeben werden, sodass insofern von einer unbefugten Verwendung auszugehen ist.

Angesichts der systematischen Stellung des § 263a StGB ließe sich auch auf eine betrugsähnliche Auslegung abstellen.¹⁸ Eine unbefugte Verwendung liegt danach vor, wenn eine fiktive Person anstelle des Pfandautomaten durch die Handlung des Täters über die Verwendungsbefugnis getäuscht werden würde. Das Einwerfen des Leerguts enthält die konkludente Erklärung, dass das Leergut vorher ordnungsgemäß erworben und dabei der Pfandpreis entrichtet wurde, jedenfalls aber kein

¹⁵ Zur Definition siehe BGH NJW 2013, 2608 (2610); *Hefendehl/Noll*, in: MüKo-StGB, Bd. 5, 4. Aufl. 2022, § 263a Rn. 49.

¹⁶ LG Freiburg NJW 1990, 2635 (2637); *Achenbach*, JR 1994, 293.

¹⁷ BayObLG JR 1994, 289 (291); *Popp*, JuS 2011, 392; vgl. auch *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil I, 25. Aufl. 2023, § 14 Rn. 16.

¹⁸ BGHSt 38, 120 (121 f.); 47, 160 (162 f.); *Heger*, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 263a Rn. 13; *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil I, 25. Aufl. 2023, § 14 Rn. 19; *Hefendehl/Noll*, in: MüKo-StGB, Bd. 5, 4. Aufl. 2022, § 263a Rn. 78 ff.

unberechtigter Entwerder zu sein, der sich das Leergut durch verbotene Eigenmacht verschafft hat. Nach dieser Auffassung wäre damit eine unbefugte Verwendung gegeben.

Für die erste genannte computerspezifische Auffassung spricht die im Strafrecht aufgrund des Ultima-ratio Gedanken stets gebotene enge Auslegung des Tatbestandes. Gegen eine derart enge Begrenzung des Tatbestandes spricht jedoch, dass man den mit der Einführung von § 263a StGB verfolgten Zweck, Strafbarkeitslücken bei § 263 StGB infolge der Digitalisierung zu schließen, nicht hinreichend erfüllen würde. § 263a StGB sollte gerade als Ergänzung des § 263 StGB dienen.¹⁹ Der Tatbestand würde aber regelmäßig mangels Identifizierungsmöglichkeit des Computers die Verwendung korrekter Daten durch einen Nichtberechtigten nicht erfassen. Ferner kommt der Var. 3 neben Var. 2 bei diesem engen Verständnis kaum noch eine eigenständige Bedeutung zu.²⁰ Demnach ist den beiden zuletzt genannten Auffassungen zu folgen und eine unbefugte Verwendung von Daten anzunehmen.

Anmerkung: Innerhalb der herrschenden betrugsspezifischen Auslegung wird teilweise vertreten, dass nicht auf einen fiktiven Angestellten abgestellt werden könne, der die Interessen des Automatenbetreibers umfassend wahrzunehmen hat, sondern auf das Vorstellungsbild eines Schalterangestellten abgestellt werden müsse, der sich nur mit Fragen befasst, die auch der Computer prüft bzw. für die sich auch im Computerprogramm Ansätze zur Kontrolle finden.²¹ Dann wäre § 263a Abs. 1 Var. 1 StGB mangels Unbefugtheit nicht erfüllt. Gegen eine solche Auslegung lässt sich anführen, dass sie letztlich die betrugsspezifische Auslegung der computerspezifischen Interpretation stark annähert und damit auch auf die fiktive Vergleichsperson gleich gänzlich verzichtet werden könnte, wenn man sie nicht von den Beschränkungen des Computers befreit.

c) **Beeinflussung des Ergebnisses eines Datenverarbeitungsvorgangs mit unmittelbar vermögensmindernder Wirkung**

T müsste Daten verwendet haben, die das Ergebnis eines Datenverarbeitungsvorgangs derart beeinflusst haben, dass es zu einer vermögensmindernden Wirkung gekommen ist. Daten im Sinne der Vorschrift sind alle kodierten und kodierbaren Informationen in einer im Wege automatisierter Verarbeitung nutzbaren Darstellungsform.²² Ein Pfandautomat liest von dem eingelegten Pfandgut und/oder dessen Barcode verschiedene Informationen (Größe, Form, Farbe, Gewicht) ab und weist der Kombination dieser Informationen ein bestimmtes Ergebnis zu. Das eingelegte Leergut enthält damit regelmäßig kodierte Informationen für den Automaten, die dieser im Anschluss einem Verarbeitungsprozess unterzieht.

Fraglich ist, ob dieser hier bereits vermögensmindernd wirkt, da zunächst einmal nur ein Pfandbon ausgedruckt wird.

Hier könnte man annehmen, dass eine vermögensmindernde Wirkung nicht schon mit dem bloßen Ausdruck des Pfandbons entsteht, sondern allenfalls mit der darauf erfolgenden Rückzahlung des Pfands. Eine vermögensmindernde Wirkung wird allerdings auch schon dann angenommen, wenn der Schadenseintritt kurz bevorsteht und dessen Eintritt nur noch vom Zufall abhängt, sodass

¹⁹ Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 263a Rn. 2, 13; Wessels/Hillenkamp/Schuh, Strafrecht, Besonderer Teil 2, 45. Aufl. 2022, Rn. 647.

²⁰ Vgl. Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil I, 25. Aufl. 2023, § 14 Rn. 17; Wessels/Hillenkamp/Schuh, Strafrecht, Besonderer Teil 2, 45. Aufl. 2022, Rn. 647.

²¹ Vgl. OLG Hamm BeckRS 2020, 9059.

²² Zur Definition siehe Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil I, 25. Aufl. 2023, § 14 Rn. 4.

bei wirtschaftlicher Betrachtung bereits eine Minderung des Vermögens anzunehmen ist.²³ Voraussetzung für eine solche schadensgleiche Vermögensgefährdung ist, dass der Schaden konkret bezifferbar ist. Letzteres wäre hier mit Blick auf den ausgestellten Bon i.H.v. 50 Cent der Fall.

Die schadensgleiche Vermögensgefährdung könnte sich hier aus der Qualifizierung des Pfandbons als sog. kleines Inhaberpapier i.S.d. § 807 BGB ergeben. So besteht eine Pflicht zur Erfüllung des vermerkten Anspruchs (= Auszahlung des Pfandes) nach § 807 BGB i.V.m § 797 S. 1 BGB gegen Aushängung dieses Bons. Ohne weiteren Nachweis über die tatsächliche Berechtigung sind T die 50 Cent auszusahlen. Diese Überlegung wird durch § 31 Abs. 2 S. 1 Verpackungsgesetz bekräftigt, wonach am Ort der Rücknahme das Pfand zu erstatten ist. Hieraus ergibt sich in wirtschaftlicher Hinsicht bereits eine Verschlechterung der Vermögenslage des Marktinhabers, denn dem schuldrechtlichen Anspruch nach § 793 Abs. 1 BGB wohnt zweifellos ein entsprechender wirtschaftlicher Wert inne, der sich bei dessen späterer Einlösung nur noch vollends realisiert.

Damit liegt mit dem Ausdruck des Pfandbons eine Vermögensminderung vor, der unmittelbar durch den Datenverarbeitungsvorgang entstanden ist.

d) Vermögensschaden

T müsste dadurch unmittelbar einen Schaden zugefügt haben. Schaden meint dabei jede nachteilige Vermögensdifferenz.²⁴ Dabei werden die Vermögenswerte vor und nach der schädigenden Handlung miteinander verglichen. Nach den obigen Ausführungen liegt der Schaden hier i.H.v. 50 Cent nach dem Ausdruck des Bons in Form einer schadensgleichen Vermögensgefährdung („Gefährdungsschaden“) vor.

Anmerkung: Auch die Annahme eines bereits endgültigen Schadens ist mit entsprechender Begründung vertretbar.²⁵

2. Subjektiver Tatbestand

T handelte vorsätzlich und mit der Absicht sein Vermögen zu mehren, mithin mit Bereicherungsabsicht.

3. Rechtswidrigkeit und Schuld

T handelte auch rechtswidrig und schuldhaft.

4. Ergebnis

T hat sich somit eines Computerbetruges gem. § 263a Abs. 1 Var. 3 StGB schuldig gemacht, indem er die Dosen in den Automaten eingab. Wegen der Geringwertigkeit des Schadens ist das Strafanzugserfordernis nach § 263a Abs. 2 StGB i.V.m. § 263 Abs. 4 StGB i.V.m. § 248a StGB zu beachten.

²³ BGHSt 21, 112 (113); 34, 394 (395); Wittig, Wirtschaftsstrafrecht, 5. Aufl. 2020, § 14 Rn. 114.

²⁴ Zur Definition siehe Perron, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 263 Rn. 99; Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil I, 25. Aufl. 2023, § 13 Rn. 181.

²⁵ Vgl. die Ausführungen Heinrichs, ZJS 2013, 407 (415).

II. § 246 Abs. 1 StGB

Die gleichzeitig mitverwirklichte Unterschlagung tritt kraft formeller Subsidiarität gem. § 246 Abs. 1 StGB a.E. hinter § 263a Abs. 1 Var. 3 StGB zurück.

Anmerkung: Lehnt man die Verwirklichung von § 263a Abs. 1 Var. 3 StGB ab, ist eine ausführlichere Prüfung von § 246 Abs. 1 StGB angebracht. Das Einwerfen der Pfanddosen ist als eindeutige Manifestation eines Zueignungswillens unproblematisch als Zueignung der Dosen anzusehen²⁶. Probleme bereitet aber die Subsidiaritätsklausel des § 246 Abs. 1 StGB a.E.: Als andere Tat kommt der Diebstahl am Doseninhalt in Betracht. Hier sind dann umfassende Ausführungen zum Tatbegriff des § 246 StGB erforderlich. Zwar handelt es sich beides um Straftaten gegen das Vermögen, allerdings um unterschiedliche Tatobjekte. Während die Rechtsprechung mit ihrem weiten Verständnis des Tatbegriffs²⁷ die Unterschlagung trotzdem als subsidiär ansehen dürfte, kann mit dem vom Schrifttum favorisierte restriktive Verständnis²⁸ auch ein anderes Ergebnis begründet werden.

Tatkomplex 3: Kasse

I. § 263 Abs. 1 StGB durch Einlösen des Pfandbons

T kann sich weiterhin durch das Einlösen des Pfandbons wegen Betruges gem. § 263 Abs. 1 StGB gegenüber K und zulasten der R-GmbH strafbar gemacht haben.

1. Objektiver Tatbestand

a) Täuschung

T muss getäuscht haben. Täuschen meint jedes bewusst irreführende Einwirken auf das Vorstellungsbild eines anderen.²⁹ Getäuscht werden kann nur über Tatsachen, also Vorgänge oder Zustände der Gegenwart oder Vergangenheit, die dem Beweis zugänglich sind.³⁰ Bei dem Einlösen des Pfandbons hat T zwar nichts ausdrücklich erklärt, doch reicht es aus, wenn mit seinem Verhalten eine konkludente Erklärung über Tatsachen einhergeht. Mit dem Einlösen des Bons erklärt der Einreichende diesen ordnungsgemäß erlangt zu haben, was hier angesichts des Diebstahls und des Computerbetruges nicht der Fall ist. Dementsprechend liegt eine konkludente Täuschung vor.

²⁶ Bei der Rückgabe handelt es sich um eine Übereignung an die Betreiberin des Supermarktes, welche allerdings schon Eigentümerin ist. Zu rechtsgeschäftlichem Handeln als Fall der Zueignung siehe *Hohmann*, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 246 Rn. 25.

²⁷ Siehe nur BGHSt 47, 243 (244).

²⁸ Siehe etwa *Krüger/Ströhlein*, JA 2019, 401 (406); *Mitsch*, ZStW 111 (1999), 65 (95).

²⁹ Zur Definition siehe *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil I, 25. Aufl. 2023, § 13 Rn. 9.

³⁰ Zur Definition siehe *Hefendehl*, in: MüKo-StGB, Bd. 5, 4. Aufl. 2022, § 263 Rn. 96; *Wessels/Hillenkamp/Schuhr*, Strafrecht, Besonderer Teil 2, 45. Aufl. 2022, Rn. 517.

b) Irrtum

Es müsste bei K ein täuschungsbedingter Irrtum entstanden sein, also eine Fehlvorstellung über Tatsachen, die Gegenstand der Täuschung waren. Hier macht K sich aber gar keine Gedanken bei der Abwicklung des Pfandbons. Er ist gem. § 807 BGB i.V.m. § 797 S. 1 BGB gegen Aushändigung dieses Bons zur Auszahlung verpflichtet. Der Rechtsverkehr verlangt es daher nicht, dass sich K – zumindest auf Ebene des sachgedanklichen Mitbewusstseins – Gedanken über die Berechtigung von T macht.³¹ Es kommt also zu keiner Fehlvorstellung. In einem solchen Fall fehlt es an der dem Betrug wesenseigenen Überlistung.³²

Anmerkung: Es ist auch vertretbar den Betrug direkt als bloßen Sicherheitsbetrug hinter dem Computerbetrug zurücktreten zu lassen. Sollte man einen Irrtum annehmen, wäre jedenfalls mit Blick auf den bloßen Sicherheitscharakter der Schaden zu verneinen. Das gleiche muss dann auch für einen versuchten Betrug gelten, wenn man davon ausgeht, T hätte zumindest gebilligt, dass K davon ausging, der Pfandbon sei ordnungsgemäß erlangt worden.

2. Zwischenergebnis

Durch das Einlösen des Pfandbons hat sich T damit nicht wegen Betrug strafbar gemacht.

Gesamtergebnis

T ist strafbar wegen Diebstahls gem. § 242 Abs. 1 StGB. Der Computerbetrug gem. § 263a Abs. 1 StGB wurde zwar nicht durch die gleiche Körperbewegung verwirklicht, steht aber in engem zeitlichem, örtlichem und sachlichem Zusammenhang dazu, sodass eine natürlichen Handlungseinheit vorliegt³³. Es liegt also Tateinheit gem. § 52 StGB vor.

Frage 2

R kann nach § 24 Abs. 1, Abs. 3 StPO von T abgelehnt werden, wenn R kraft Gesetzes ausgeschlossen ist oder die Besorgnis der Befangenheit besteht.

I. Gesetzlicher Ausschluss

R ist nach § 22 Nr. 1 StPO ausgeschlossen, wenn R selbst durch die Straftat verletzt war. Die R-GmbH war Eigentümerin der Flaschen und deren Inhalts. Sie allein ist damit durch den Diebstahl verletzt. Auch der Computerbetrug hat nur das Vermögen der R-GmbH beeinträchtigt. Insofern ist diese formal betrachtet die durch die Straftat verletzte Person (vgl. § 13 GmbHG). Möglicherweise ist hier aber eine wertende Betrachtung geboten, da R einzige Gesellschafterin war. § 22 StPO stellt aber eine einfachgesetzliche Konkretisierung des verfassungsrechtlichen Grundsatzes des gesetzlichen Richters aus Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG dar und muss daher um der erforderlichen Eindeutigkeit und Klarheit

³¹ Vgl. zur fehlenden Prüfungspflicht eines Kassierers: *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil I, 25. Aufl. 2023, § 13 Rn. 50.

³² *Wessels/Hillenkamp/Schuhr*, Strafrecht, Besonderer Teil 2, 45. Aufl. 2022, Rn. 514.

³³ Zu den Voraussetzungen einer natürlichen Handlungseinheit siehe BGH NStZ 2016, 594 (595).

willen, eng ausgelegt werden.³⁴ Die Schädigung einer juristischen Person kann daher selbst dann nicht als ausreichend angesehen werden, wenn die abzulehnende Person alle Gesellschaftsanteile der geschädigten Gesellschaft innehat.³⁵

Anmerkung: Ein anderes Ergebnis ist hier gleichermaßen vertretbar, erfordert dann aber eine umfangreichere Argumentation. Insbesondere müsste sich mit der Frage auseinandergesetzt werden, warum trotz des Auffangtatbestandes in § 24 Abs. 2 StPO eine weite Auslegung der Ausschlussstatbestände von § 22 StPO geboten ist.

II. Besorgnis der Befangenheit

Nach § 24 Abs. 2 StPO besteht die Besorgnis der Befangenheit, wenn ein Grund vorliegt, der geeignet ist, Misstrauen gegen die Unparteilichkeit eines Richters zu rechtfertigen. Unparteilichkeit setzt dabei voraus, dass keine inneren Zustände des Richters seine von jeder falschen Rücksicht freie Einstellung zur Sache, seine Neutralität und Distanz gegenüber den Verfahrensbeteiligten beeinträchtigen kann.³⁶ Ob die Unparteilichkeit tatsächlich nicht gegeben ist, ist intersubjektive nicht nachprüfbar. Es kommt daher grundsätzlich nur auf den Anschein an. Es muss auch berücksichtigt werden, dass Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG einen gesetzlichen Richter garantiert. Diese Garantie wirkt nicht nur zugunsten der angeklagten Person, sondern enthält auch die justizielle Verpflichtung, diese sicherzustellen. Ein bloß subjektives Empfinden ist daher nicht ausreichend. Entscheidend ist mithin, ob einem juristischen Laien die Besorgnis der ablehnenden Person einleuchtet.³⁷ Als Indiz für die Besorgnis der Befangenheit kann hier angeführt werden, dass die Voraussetzungen des Ausschlussgrundes in § 22 Nr. 1 StPO zwar nicht vorliegen, der Sachverhalt aber sehr ähnlich gelagert ist.³⁸ Mithin besteht die Besorgnis der Befangenheit.

III. Ergebnis

T kann R somit nach § 24 Abs. 1, Abs. 3 StPO ablehnen.

³⁴ BGHSt 44, 4 (7) = NJW 1998, 1234 (1235)

³⁵ RGSt 37, 414 (415); 69, 127 (128).

³⁶ BVerfGE 21, 139 (146) = NJW 1967, 1123; BGHSt 1, 34.

³⁷ Conen/Tsambikakis, in: MüKo-StPO, Bd. 1, 2. Aufl. 2023, § 24 Rn. 15–22; zurecht krit. dazu Zuck, DRiZ 1988, 172.

³⁸ Vgl. BGHSt 51, 100 (111) = NJW 2007, 1760 (Mitglied eines Vereins, zu deren Lasten eine Untreue begangen wurde).