

Meinungsstreite Strafrecht BT/2

Fahl / Winkler

6. Auflage 2023
ISBN 978-3-406-79772-9
C.H.BECK

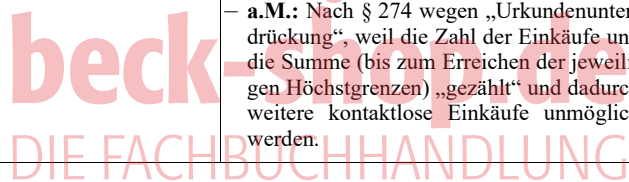
schnell und portofrei erhältlich bei
[beck-shop.de](https://www.beck-shop.de)

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen. [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

<p>Verwendet derjenige „unbefugt“ Daten, der rechtswidrig eine fremde Geldkarte mit Speicherchip erlangt hat und damit bargeldlos (durch Abbuchung des Guthabens vom Chip) einkauft?</p>	<p>– e.M. („subjektivierende Auslegung“): Nein, dem Betreiber (Händler) kann es egal sein, wer das Guthaben aufgeladen hat. (dagg.) Der Betreiberwille ist kein geeignetes Kriterium (s.o. Rn. 18).</p> <p>– a.M. („computerspezifische Auslegung“): Nein, die Abbuchung erfolgt ohne Einsatz der PIN; falls es einen entgegenstehenden Willen gibt, so hat er jedenfalls im Programm keinen Ausdruck gefunden. (dagg.) Sinn und Zweck des § 263a.</p> <p>– h.M. („betrugsspezifische Auslegung“): Ja, wenn man (einem Menschen anstelle der Maschine) das „sachgedankliche Mitbewusstsein“ unterstellt, alles sei „in Ordnung“. – Nein, wenn man darauf abstellt, dass das elektronische Geld wie Bargeld ist (auch bei Bargeld ist eine Täuschung über die Herkunft unnötig).</p> <p>Zur Vertiefung: LK/Tiedemann/Valerius, § 263a Rn. 54, 71; Schmidt, BT/2, Rn. 694</p>	19
<p>Verwendet derjenige „unbefugt“ Daten, der mittels gefälschter Homepages und Banken-E-Mails (sog. Phishing) an fremde Daten gelangt ist, die zum Home-Banking gebraucht werden (PIN und TAN), und diese benutzt, um das Geld auf ein anderes Konto zu überweisen?</p>	<p>– e.M. („subjektivierende Auslegung“): Ja, der Einsatz der PIN und TAN zu diesem Zweck widerspricht dem Willen des Kontoinhabers (und der kontoführenden Bank). (dagg.) Der Betreiberwille ist zur Abgrenzung ungeeignet.</p> <p>– a.M. („computerspezifische Auslegung“): Ja, PIN und TAN sollen gerade sicherstellen, dass nur der berechtigte Kontoinhaber abheben kann. (dagg.) Freilich kann damit die Personenübereinstimmung gerade nicht sichergestellt werden (s.o. Rn. 18).</p> <p>– h.M. („betrugsspezifische Auslegung“): Ja, ein Bankmitarbeiter anstelle des Computers müsste (über die Personenidentität) getäuscht werden.</p> <p>Zur Vertiefung: Schmidt, BT 2 Rn. 694a ff.</p>	20

<p>21 Ist eine „unbefugte Einwirkung“ nur in der vierten oder in allen Varianten des § 263a I erforderlich?</p>	<p>– e.M.: Eine „unbefugte Einwirkung“ ist in allen Varianten des § 263a I erforderlich; die vierte Variante ist dem Wortlaut nach Grundtatbestand für alle anderen („sonstige unbefugte Einwirkung“).</p> <p>(dagg.) „Sonstige Einwirkung“ bedeutet nur, dass § 263a I Var. 4 die Nichtanwendbarkeit der anderen Varianten voraussetzt („Auffangtatbestand“).</p> <p>– h.M.: Eine „unbefugte Einwirkung“ ist für § 263a I Var. 1–3 nicht erforderlich.</p> <p>Zur Vertiefung: LK/Tiedemann/Valerius, § 263a Rn. 24; NK/Kindhäuser, § 263a Rn. 8</p>
<p>22 Fällt das Leerspielen eines Geldspielautomaten mit Hilfe der Software über den Programmablauf (Einsatz der Risikotaste) unter § 263a I?</p>	<p>– e.M.: Nein, „Beeinflussung“ eines Datenverarbeitungsvorgangs kann nur eine „programmwidrige“ Einflussnahme sein.</p> <p>(dagg.) Dann wäre auch das „programmkonforme“ Abheben vom Geldautomaten durch den Unberechtigten nicht mehr erfasst.</p> <p>– a.M.: Ja, unter § 263a I Var. 1.</p> <p>(dagg.) Nicht die Gestaltung des Programms, sondern nur der Programmverlauf wird durch die Risikotaste beeinflusst.</p> <p>– a.M.: Ja, unter § 263a I Var. 2 („Verwendung unrichtiger oder unvollständiger Daten“) bzw. Var. 3 („unbefugte Verwendung von Daten“).</p> <p>(dagg.) Das Betätigen der Risikotaste ist weder unrichtig noch unvollständig, und die bloße Nutzung des Wissens über den Programmablauf reicht nicht (s.o. Rn. 8), erforderlich ist vielmehr die Eingabe der Daten gerade in den Datenverarbeitungsprozess selbst („enge Auslegung“).</p> <p>– a.M.: Nein, denn auch § 263a I Var. 4 („sonstige unbefugte Einwirkung“) scheidet aufgrund einer „computerspezifischen Auslegung“ aus.</p>

	<p>(dagg.) Auch hier ist zu fragen, ob sich ein Mensch anstelle des Computers geirrt hätte („betrugsspezifische Auslegung“).</p> <p>– h.M.: Ja, unter § 263a I Var. 4 („Auffangtatbestand“).</p> <p>Zur Vertiefung: <i>Joecks/Jäger</i>, § 263a Rn. 47 f.; <i>Schmidt</i>, BT/2, Rn. 695 ff.; <i>Wessels/Hillenkamp/Schuhr</i>, Rn. 617</p>	
<p>Fällt der sog. elektronische Taschendiebstahl, bei dem der Täter im Gedränge mit einem NFC-fähigen Kartenlesegerät Kleinbeträge bis 25 Euro kontaktlos vom Konto des Geschädigten abbucht, unter § 263a I Var. 4?</p>	<p>– e.M. („computerspezifische Auslegung“): Nein, da keine Eingabe erforderlich ist; daran scheitert auch § 263a I Var. 3 („enge Auslegung“, s.o. Rn. 8).</p> <p>(dagg.) Damit entstünde eine unerträgliche Strafbarkeitslücke.</p> <p>– h.M. („betrugsspezifische Auslegung“): Ja, gegenüber einem Menschen wäre das ein Betrug Tatmehrheit (§ 53).</p> <p>Zur Vertiefung: <i>Christoph/Dorn-Haag</i>, NStZ 2020, 697</p>	<p>23</p>
<p>Wie macht sich derjenige strafbar, der mit einer gefundenen EC-Karte ohne Eingabe einer PIN im Einkaufsladen kontaktlos bezahlt?</p>	<p>– e.M.: Wegen Computerbetrugs; es liegt zwar keine unbefugte Verwendung von Daten vor, da § 263a I Var. 3 nicht jede Nutzung von Daten, die auf der Karte gespeichert sind, erfasst (s.o. Rn. 8), aber § 263a I Var. 4 ist „Auffangtatbestand“.</p> <p>(dagg.) Auch bei der „betrugsspezifische Auslegung“ darf nur auf das abgestellt werden, was auch der Computer prüft (s.o. Rn. 16).</p> <p>– a.M.: Nach § 269 I.</p> <p>(dagg.) Ohne Eingabe einer PIN ist auch kein Aussteller der gedachten Urkunde erkennbar.</p> <p>– a.M.: Nach § 274 wegen „Urkundenunterdrückung“, weil die Zahl der Einkäufe und die Summe (bis zum Erreichen der jeweiligen Höchstgrenzen) „gezählt“ und dadurch weitere kontaktlose Einkäufe unmöglich werden.</p>	<p>24</p>



	<p>(dagg.) Das Hinzufügen von Informationen ist aber kein Unterdrücken; im Übrigen fehlt die diesbezügliche Nachteilszufügungsabsicht, da der Nachteil nicht dadurch, sondern durch die Abbuchung vom Konto entstehen soll.</p> <p>– a.M.: Strafflos.</p> <p>Zur Vertiefung: <i>Göhler</i>, JR 2021,1; <i>Heghmanns</i>, ZIS 2020, 454</p>
25	<p>In welchem Verhältnis stehen der Diebstahl einer Codekarte (§ 242) und deren anschließende Nutzung zum Abheben vom Automaten (§ 263a I)?</p> <p>– e.M.: Der Diebstahl ist mitbestrafte Vortat, erst durch die Abhebung entsteht der entsprechende Schaden.</p> <p>(dagg.) Beide Taten richten sich gegen verschiedene Rechtsgutsträger.</p> <p>– h.M.: Tatmehrheit (§ 53).</p> <p>Zur Vertiefung: <i>Joecks/Jäger</i>, § 263a Rn. 65; LPK/<i>Kindhäuser/Hilgendorf</i>, § 263a Rn. 73</p>
26	<p>In welchem Verhältnis stehen Computerbetrug gem. § 263a I Var. 3 und Missbrauch von Scheck- und Kreditkarten gem. § 266b (falls beim Abheben von fremden Geldautomaten durch den kontoüberziehenden Kontoinhaber selbst beides angenommen wird)?</p> <p>– e.M.: Tateinheit (§ 52).</p> <p>(dagg.) Dasselbe Unrecht (§ 263a I Var. 3 und § 266b wurden durch dasselbe Gesetz eingefügt).</p> <p>– a.M.: Konsumtion (des § 263a durch § 266b).</p> <p>Zur Vertiefung: LPK/<i>Kindhäuser/Hilgendorf</i>, § 266b Rn. 29</p>
§ 264 Subventionsbetrug	
1	<p>Liegt ein Subventionsbetrug auch dann vor, wenn zwar falsche, subventionserhebliche (§ 264 VIII) Angaben gemacht wurden, die Subvention aber aus einem anderen Grund gewährt werden musste?</p> <p>– e.M.: Ja, vollendet ist die Strafbarkeit schon, wenn falsche subventionserhebliche Angaben gemacht werden (ohne dass es noch auf den Schaden ankommt).</p> <p>(dagg.) Nach allgemeinen Regeln scheidet eine Strafbarkeit aus, wenn das rechtmäßige Alternativverhalten zum gleichen Ergebnis geführt hätte.</p>

	<ul style="list-style-type: none"> – h.L.: Nein. <p>Zur Vertiefung: LPK/Kindhäuser/Hilgendorf, § 264 Rn. 12; Wessels/Hillenkamp/Schuhr, Rn. 734</p>	
Ist derjenige, der als mit der behördeninternen Vorprüfung betrauter Amtsträger seinem die Subventionsentscheidung treffenden Vorgesetzten den falsche Angaben enthaltenden Antrag vorlegt, Täter oder Teilnehmer?	<ul style="list-style-type: none"> – e.M.: Das sind typische Teilnahmehandlungen. – (dagg.) Das Gesetz geht in § 264 II 2 Nr. 2 davon aus, dass sich auch der Amtsträger strafbar machen kann. – h.M.: Täter kann jeder sein, dem nicht selbst die Bewilligungsentscheidung obliegt. <p>Zur Vertiefung: LPK/Kindhäuser/Hilgendorf, § 264 Rn. 13; Wessels/Hillenkamp/Schuhr, Rn. 733</p>	2
In welchem Konkurrenzverhältnis stehen § 264 und Betrug nach § 263?	<ul style="list-style-type: none"> – e.M.: Tateinheit (§ 52). – (dagg.) § 264 ist aus § 263 hervorgegangen. – h.M.: Gesetzeskonkurrenz („spezielleres“ Delikt). <p>Zur Vertiefung: LPK/Kindhäuser/Hilgendorf, § 264 Rn. 25</p>	3
Darf im Falle des versuchten Subventionsbetruges oder der tätigen Reue (§ 263 V) zur Vermeidung von Straflosigkeit auf § 263 zurückgegriffen werden?	<ul style="list-style-type: none"> – e.M.: Nein, § 264 entfaltet insofern eine „Sperrwirkung“ für §§ 263, 22 (bzw. § 263). – (dagg.) Mit der Straflosigkeit entfällt auch die Möglichkeit der Aufzehrung im Wege der Gesetzeskonkurrenz. – h.M.: Ja. <p>Zur Vertiefung: Wessels/Hillenkamp/Schuhr, Rn. 736</p>	4

§ 264a Kapitalanlagebetrug

1	<p>In welchem Konkurrenzverhältnis stehen § 264a und § 263?</p> <p>– e.M.: Gesetzeskonkurrenz (§ 264a sei „subsidiär“). (dagg.) überindividuelles Rechtsgut (Kapitalmarktschutz) – h.M.: Tateinheit (§ 52). Zur Vertiefung: <i>Joecks/Jäger</i>, § 264a Rn. 14; <i>LPK/Kindhäuser/Hilgendorf</i>, § 264a Rn. 14; <i>Wessels/Hillenkamp/Schuhr</i>, Rn. 697</p>
2	<p>Erstreckt sich § 264a III (tätige Reue) auch auf § 263?</p> <p>– e.M.: Ja, § 264a III entfaltet „Sperrwirkung“ auch für andere Delikte, die dahinter zurücktreten. (dagg.) § 264a III gilt nur im Rahmen des § 264, die Vorschriften über tätige Reue sind nicht übertragbar. – h.M.: Nein (sofern § 263 zu diesem Zeitpunkt bereits vollendet ist, sonst gilt § 24). Zur Vertiefung: <i>LPK/Kindhäuser/Hilgendorf</i>, § 264a Rn. 13; <i>LK/Tiedemann/Vogel</i>, § 264a Rn. 100</p>

§ 265 Versicherungsmissbrauch

1	<p>Aufbauschema</p> <p>I. Tatbestand</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Objektiver Tatbestand <ol style="list-style-type: none"> a) Tatobjekt: Versicherte Sache b) Tathandlung: Beschädigen, Zerstören, Beeinträchtigen der Brauchbarkeit, Beiseiteschaffen (→ <i>Rn. 2</i>), Überlassen 2. Subjektiver Tatbestand <ol style="list-style-type: none"> a) Vorsatz b) Absicht, sich oder einem Dritten Leistungen aus der Versicherung zu verschaffen → <i>Rn. 3</i> <p>II. Rechtswidrigkeit</p> <p>III. Schuld</p> <p>Beachte: Subsidiaritätsklausel, § 265 I a.E.</p>
---	--

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Liegt ein „Beiseiteschaffen“ i.S.d. § 265 (bzw. der §§ 283, 283d, 288) vor, wenn der Täter die Sache ohne sie räumlich zu entfernen nur so verbirgt, dass bei Nachforschungen der Anschein erweckt wird, die Sache sei abhanden gekommen?	<p>– e.M.: Nein, das bloße Abstreiten des Besitzes (ohne körperliches Wegschaffen) reicht nicht.</p> <p>(dagg.) ratio legis.</p> <p>– a.M.: Ja, Verbergen und Verstecken genügt.</p> <p>Zur Vertiefung: LPK/Kindhäuser/Hilgendorf, § 265 Rn. 5; Rengier, BT/1, § 15 Rn. 3</p>	2
Ist die Absicht, sich oder einem Dritten Leistungen aus der Versicherung zu verschaffen, „technisch“ oder „untechnisch“ zu verstehen?	<p>– e.M.: Absicht ist „untechnisch“ in dem Sinne zu verstehen, dass der Erfolg auch ein Zwischenziel oder eine Nebenfolge sein kann (wie bei § 257 oder § 263).</p> <p>(dagg.) Da es auf die Rechtswidrigkeit der Versicherungsleistung (nicht mehr) ankommt, wäre dann auch der Dieb, der die Versicherungsleistung voraussieht, nach § 265 zu bestrafen.</p> <p>– h.M.: Die Absicht („um ... zu“) in § 265 ist „technisch“ in dem Sinne zu verstehen, dass es dem Täter gerade auf die Auszahlung der Versicherungsleistung ankommen muss.</p> <p>Zur Vertiefung: Fischer, § 265 Rn. 9</p>	3
Erfasst der Rücktritt (§ 24) vom Betrugsversuch nach § 263 auch den (bereits verwirklichten) § 265?	<p>– e.M.: Ja, § 265 ist materiell nur Vorbereitungshandlung zu § 263; im Übrigen tritt § 265 hinter § 263 aufgrund ausdrücklicher Subsidiarität zurück („mit Strafe bedroht“ heißt nicht, dass „Strafe verwirkt“ sein muss).</p> <p>(dagg.) Subsidiarität setzt voraus, dass aus dem verdrängenden Delikt bestraft werden kann.</p> <p>– h.M.: Nein (die Subsidiaritätsklausel steht der Bestrafung nicht entgegen).</p> <p>Zur Vertiefung: Joecks/Jäger, § 265 Rn. 29; Wesels/Hillenkamp/Schuh, Rn. 698</p>	4

5	Sind die Vorschriften über die „tätige Reue“ (§§ 264 V, 264a III, 265b II) auf § 265 analog anwendbar?	<p>– e.M.: Ja, zum Ausgleich der sonst unerträglichen „Vorfeldkriminalisierung“.</p> <p>(dagg.) Ausnahmeregelungen sind nicht erweiterbar.</p> <p>– h.M.: Nein.</p> <p>Zur Vertiefung: <i>Joecks/Jäger</i>, § 265 Rn. 27; <i>LPK/Kindhäuser/Hilgendorf</i>, § 265 Rn. 9; <i>Wessels/Hillenkamp/Schuhr</i>, Rn. 697</p>
---	--	--

§ 265a Erschleichen von Leistungen

1	<p>Aufbauschema</p> <p>I. Tatbestand</p> <p>1. Objektiver Tatbestand</p> <p>a) Tatobjekt: Leistung</p> <p>aa) Var. 1: eines Automaten → <i>Rn. 2</i></p> <p>bb) Var. 2: eines öffentlichen Zwecken dienenden Telekommunikationsnetzes</p> <p>cc) Var. 3: Beförderung durch ein Verkehrsmittel</p> <p>dd) Var. 4: Zutritt zu einer Veranstaltung oder Einrichtung</p> <p>b) Tathandlung: Erschleichen der Leistung → <i>Rn. 3 ff.</i></p> <p>2. Subjektiver Tatbestand</p> <p>a) Vorsatz</p> <p>b) Absicht, das Entgelt nicht zu entrichten</p> <p>II. Rechtswidrigkeit</p> <p>III. Schuld</p> <p>IV. Strafverfolgungsvoraussetzung</p> <p>Strafantrag, § 265a III i.V.m. §§ 247, 248a</p> <p>Beachte: Subsidiaritätsklausel, § 265a I a.E. → <i>Rn. 6</i></p>	
2	Werden auch Warenautomaten von § 265a erfasst?	<p>– e.M.: Ja, auch „Warenautomat“ (dazu gehört auch der Bankomat).</p> <p>(dagg.) Wortlaut („die Leistung eines Automaten“)</p> <p>– h.M.: Nein, nur „Leistungsautomaten“ (der Geldspielautomat ist im Hinblick auf das Geld aber nur Warenautomat).</p> <p>Zur Vertiefung: <i>LPK/Kindhäuser/Hilgendorf</i>, § 265a Rn. 15 f.; <i>Wessels/Hillenkamp/Schuhr</i>, Rn. 718</p>

Setzt das „Erschleichen“ ein Umgehen oder Ausschalten von Sicherungsvorkehrungen voraus?	<p>– e.M.: Nein, es reicht jede unbefugte Inanspruchnahme, die sich mit dem äußerlichen Anschein der Ordnungsmäßigkeit umgibt.</p> <p>(dagg.) Es ist nicht der Sinn und Zweck des § 265a, den Abbau von Kontrollen zu ermöglichen.</p> <p>– h.L.: Ja.</p> <p>Zur Vertiefung: <i>Joecks/Jäger</i>, § 265a Rn. 10 f.; <i>LPK/Kindhäuser/Hilgendorf</i>, § 265a Rn. 4 ff.; <i>Wessels/Hillenkamp/Schuhr</i>, Rn. 713 ff.</p>	3
Liegt eine Zutrittserschleichung vor, wenn der Kartenkontrolleur bestochen wird?	<p>– e.M.: Ja, das ist eine Form der Umgehung von Sicherungsvorkehrungen.</p> <p>(dagg.) Betrug läge mangels Täuschung gerade nicht vor.</p> <p>– a.M.: Nein, es fehlt ein Täuschungsäquivalent.</p> <p>Zur Vertiefung: <i>Joecks/Jäger</i>, § 265a Rn. 13; <i>LPK/Kindhäuser/Hilgendorf</i>, § 265a Rn. 21</p>	4
Kann sich wegen „Beförderungerschleichung“ strafbar machen, wer eine gültige Monatskarte lediglich nicht dabei hat?	<p>– e.M.: Ja, sofern er Sicherungsvorkehrungen umgeht, z.B. Drehkreuze überspringt.</p> <p>(arg.) Wer eine Monatsfahrkarte nicht vorweisen kann, muss (zunächst) einen neuen Fahrschein lösen, das spart sich der Täter.</p> <p>(dagg.) Da das Entgelt schon entrichtet ist, kann aber materiell kein „Schaden“ entstehen.</p> <p>– h.M.: Nein, es fehlt (zumindest) an der nötigen Absicht, das Entgelt nicht zu entrichten (wenn nicht schon am objektiven Tatbestand).</p> <p>Zur Vertiefung: <i>LPK/Kindhäuser/Hilgendorf</i>, § 265a Rn. 25</p>	5

6	Setzt die Subsidiaritätsklausel voraus, dass es sich um Delikte mit „gleicher oder ähnlicher Schutzrichtung“ handelt?	<ul style="list-style-type: none"> – e.M.: Ja, sog. relative Subsidiarität (s.o. § 248b Rn. 3). – (dagg.) Wortlaut – h.M.: Nein. <p>Zur Vertiefung: LPK/Kindhäuser/Hilgendorf, § 265a Rn. 26; Wessels/Hillenkamp/Schuh, Rn. 711</p>
---	---	--

§ 265b Kreditbetrug

1	Fallen auch Kredite, bei denen das Kreditinstitut lediglich als Treuhänder auftritt (sog. Durchlaufkredite), unter § 265b?	<ul style="list-style-type: none"> – e.M.: Ja, Wortlaut. – (dagg.) So wie Kredite nicht dem Tatbestand unterfallen, die einem Unternehmer nur zu privaten Zwecken erteilt werden, so müssen nach dem Sinn und Zweck der Vorschrift auch solche durchlaufenden Kredite ausscheiden. – a.M.: Nein. <p>Zur Vertiefung: LPK/Kindhäuser/Hilgendorf, § 265b Rn. 7; Schönke/Schröder/Perron, § 265b Rn. 5</p>
2	Kann auch ein Mitarbeiter des Kreditgebers Täter des § 265b sein?	<ul style="list-style-type: none"> – e.M.: Nein, Mitarbeiter des Kreditgebers sind allenfalls Teilnehmer. – (dagg.) Auch beim Subventionsbetrug (§ 264) kann der an der Subventionsentscheidung Beteiligte Täter sein. – h.M.: Ja, Täter kann jeder sein, der nicht selbst die Bewilligungsentscheidung trifft. <p>Zur Vertiefung: MüKo/Wohlers/Mühlbauer, § 265b Rn. 45; Wessels/Hillenkamp/Schuh, Rn. 739</p>
3	Kann auch ein anderer als der Kreditgeber Adressat der Täuschung sein (z.B. ein Auskunftsbüro, das Ermittlungen über die Kreditwürdigkeit anstellen soll)?	<ul style="list-style-type: none"> – e.M.: Nein, denkbar ist aber eine mittelbare Täterschaft, wenn die falschen Angaben an den Kreditgeber weitergegeben werden sollen. – (dagg.) Im Gesetz steht nicht, dass der Betrieb, dem „im Zusammenhang“ mit der Kreditvergabe falsche Angaben gemacht werden, der Kreditnehmer sein muss.

	<p>– h.M.: Ja.</p> <p>Zur Vertiefung: LK/Tiedemann, § 265b Rn. 58 f.; LPK/Kindhäuser/Hilgendorf, § 265b Rn. 9; Schönke/Schröder/ Perron, § 265b Rn. 23</p>	
In welchem Konkurrenzverhältnis stehen § 265b und § 263?	<p>– e.M.: Gesetzeskonkurrenz (jedenfalls wenn beide vollendet sind – der vollendete § 265b kann hinter den versuchten § 263 aufgrund der Klarstellungsfunktion nicht zurücktreten).</p> <p>(dagg.) § 265b hat (wie § 264a) ein (weiteres) überindividuelles Schutzgut (Funktionsfähigkeit der Kreditwirtschaft).</p> <p>– h.L.: Tateinheit (§ 52).</p> <p>Zur Vertiefung: LPK/Kindhäuser/Hilgendorf, § 265b Rn. 18; Rengier, BT/1, § 17 Rn. 25 f.; Wittig, § 19 Rn. 31</p>	4

§ 266 Untreue

Aufbauschema

I. Tatbestand

1. Objektiver Tatbestand

a) Alt. 1 (Missbrauchstatbestand) → Rn. 6

aa) Befugnis

- (1) über fremdes Vermögen zu verfügen oder
- (2) einen anderen zu verpflichten → Rn. 2 f.

bb) Aufgrund von

- (1) Gesetz
- (2) Behördlichem Auftrag oder
- (3) Rechtsgeschäft

cc) Tathandlung: Missbrauch → Rn. 4 f., 19

b) Alt. 2 (Treubruchstatbestand)

aa) Vermögensbetreuungspflicht → Rn. 7 f., 17

bb) Aufgrund von

- (1) Gesetz
- (2) Behördlichen Auftrag
- (3) Rechtsgeschäft oder
- (4) Treueverhältnis

cc) Tathandlung: Verletzung der Treuepflicht → Rn. 14, 19

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

- c) Taterfolg: Nachteil → Rn. 9 ff.
 d) Kausalität zwischen Tathandlung und Taterfolg

2. Subjektiver Tatbestand

II. Rechtswidrigkeit

III. Schuld

IV. Strafverfolgungsvoraussetzung

Strafantrag, § 266 II i.V.m. §§ 247, 248a

V. Strafzumessung

Besonders schwere Fälle, § 266 II i.V.m. § 263 III (Regelbeispiele mit Geringwertigkeitsklausel § 266 II i.V.m. § 243 II)

<p>2 Hat der im Rahmen seines Botenauftrages Handelnde die „Befugnis, über fremdes Vermögen zu verfügen oder einen anderen zu verpflichten“ i.S.d. § 266 I Alt. 1?</p>	<p>– e.M.: Ja, „verpflichten“ kann jeder den Geschäftsherren, der von ihm eine Stellung eingeräumt bekommen hat, kraft derer er fremdes Vermögen beeinträchtigen kann. (dagg.) „Verfügen“ und „verpflichten“ sind zivilrechtliche Kategorien. – h.M.: Nein, nur der Vertreter (§§ 164 ff. BGB); der Bote überbringt lediglich eine Erklärung. Zur Vertiefung: Joecks/Jäger, § 266 Rn. 26 f.</p>
<p>3 Hat derjenige i.S.d. § 266 I Alt. 1 die „Befugnis, über fremdes Vermögen zu verfügen oder einen anderen zu verpflichten“, dessen Vollmacht im Innenverhältnis erloschen ist, im Außenverhältnis gem. §§ 170 ff. BGB aber noch fortwirkt?</p>	<p>– e.M.: Nein, dessen Befugnis beruht nicht auf einem Rechtsgeschäft, sondern auf Rechtsscheinsregeln; das genügt ebenso wenig wie eine Duldungs- und Anscheinvollmacht. (dagg.) Die Vertretungsmacht geht aber noch ursächlich auf die frühere rechtsgeschäftliche Erteilung zurück, das reicht. – a.M.: Ja (im Übrigen ergibt sich die Befugnis eben „durch Gesetz“, § 170 BGB). Zur Vertiefung: Krey/Hellmann/Heinrich, BT/2, Rn. 915 f.; LPK/Kindhäuser/Hilgendorf, § 266 Rn. 46</p>

beck-shop.de
 DIE FACHBUCHHANDLUNG

<p>Kann ein Missbrauch der Verfügungs- bzw. Verpflichtungsbefugnis (§ 266 I Alt. 1) in dem Abschluss besonders risikoreicher Geschäfte (sog. Risikogeschäfte) liegen, obwohl der Geschäftsherr damit einverstanden ist?</p>	<p>– e.M.: Nein, das Einverständnis schließt die Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht aus (im Unterschied zur Einwilligung setzt das Einverständnis keine Freiheit von Willensmängeln voraus; im Übrigen kann aus der Erteilung nicht geschlossen werden, dass der Aufklärungspflicht nicht Genüge getan sei).</p> <p>(dagg.) Schon die Frage nach dem Einverständnis ist pflichtwidrig, wenn der Täter weiß, dass das Opfer die Risiken nicht zu durchschauen im Stande ist.</p> <p>– a.M.: Ja (erforderlich ist aber mindestens noch <i>dolus eventualis</i>).</p> <p>Zur Vertiefung: <i>Wessels/Hillenkamp/Schuhr</i>, Rn. 800 f.</p>	4
<p>Hat die Zustimmung der Gesellschafter einer GmbH zu einer Vermögensverfügung des Geschäftsführers Einfluss auf deren Pflichtwidrigkeit?</p>	<p>– e.M. (sog. Körperschaftstheorie): Nein, die Zustimmung der Gesellschafter kann die Pflichtwidrigkeit der Schädigung des Gesellschaftsvermögens nicht beseitigen (das gilt sogar bei Personengleichheit von Gesellschafter und Geschäftsführer, z.B. „Einmann-GmbH“).</p> <p>(dagg.) Die Gesellschaft kann keinen anderen Willen bilden als durch den Geschäftsführer oder die Gesellschafter.</p> <p>– h.M. (sog. Gesellschaftertheorie): Ja, die Interessen der Gesellschaft sind mit den Interessen der Gesellschafter identisch (sofern nicht gegen zwingende Vorschriften der Bestandssicherung der Gesellschaft verstoßen wird).</p> <p>Zur Vertiefung: <i>LPK/Kindhäuser/Hilgendorf</i>, § 266 Rn. 56 ff.</p>	5
<p>Setzt auch der Missbrauchstatbestand (§ 266 I Alt. 1) eine „Vermögensbetreuungspflicht“ voraus?</p>	<p>– e.M.: Nein, Wortlaut: die „Pflicht, fremde Vermögensinteressen wahrzunehmen“ steht nur in § 266 I Alt. 2 (Treuebruchtatbestand).</p> <p>(dagg.) Wortlaut: Die Passage „dem, dessen Vermögensinteressen er zu betreiben“</p>	6

	<p>hat“ gilt für beide Alternativen; § 266b wäre sonst überflüssig.</p> <p>– h.M.: Ja (anders als beim Missbrauchstatbestand kann die Vermögensbetreuungspflicht beim Treubruchtatbestand auch auf einem rein tatsächlichen „Treueverhältnis“ fußen).</p> <p>Zur Vertiefung: <i>Hillenkamp/Cornelius</i>, Probleme BT, 34. Problem; <i>LPK/Kindhäuser/Hilgendorf</i>, § 266 Rn. 14 ff.</p>
7	<p>Hat eine einfache Verkäuferin oder Kassiererin im Supermarkt eine „Vermögensbetreuungspflicht“ i.S.d. § 266?</p> <p>– e.M.: Ja aus dem Arbeitsvertrag, Nebenpflichten (§ 242 BGB) reichen.</p> <p>(dagg.) Das ginge zu weit; die „Pflicht, fremde Vermögensinteressen wahrzunehmen“ muss Hauptpflicht sein.</p> <p>– h.M.: Nein (es sei denn, sie ist Filialleiterin oder ist als Kassiererin im Besitz des Kassenschlüssels).</p> <p>Zur Vertiefung: <i>Hafit/Hilgendorf</i>, BT/1, S. 124 ff.; <i>Joecks/Jäger</i>, § 266 Rn. 31 ff.; <i>Wessels/Hillenkamp/Schuhr</i>, Rn. 816</p>
8	<p>Hat der Vermieter eine „Vermögensbetreuungspflicht“ bzgl. der vom Mieter gestellten Mietkaution nach § 551 III BGB?</p> <p>– e.M.: Nein, keine Hauptpflicht.</p> <p>(dagg.) Die Verwendung der Mietkaution zu eigenen Zwecken muss (rechtspolitisch) strafbar sein.</p> <p>– h.M.: Ja (anders jedoch bei Gewerberaummiete).</p> <p>Zur Vertiefung: <i>Beulke</i>, KK III, Rn. 485 (106. Problem); <i>Satzger</i>, Jura 1998, 570 ff.</p>
9	<p>Ist „Nachteil“ in § 266 dasselbe wie „Schaden“?</p> <p>– e.M.: Nein, „Nachteil“ ist weiter und umfasst z.B. auch „schadensgleiche Gefährdungen“.</p> <p>(dagg.) Der Wortlaut entspricht § 253 und auch dort wird „Nachteil“ als „Schaden“ verstanden; im Übrigen sind „schadensgleiche Gefährdungen“ ohnehin vom Schadensbegriff erfasst (s.o. § 263 Rn. 30).</p>

	<p>– h.M.: Ja, der Begriff ist im Ansatz auszulegen wie der Vermögensschaden bei § 263 (allerdings findet eine großzügige Anrechnung gesetzlicher Ersatzansprüche etc. statt).</p> <p>Zur Vertiefung: <i>Joecks/Jäger</i>, § 266 Rn. 39; <i>Wessels/Hillenkamp/Schuhr</i>, Rn. 820 ff.</p>	
<p>Macht sich nach § 266 schon strafbar, wer öffentliche Gelder zweckwidrig einsetzt (sog. Haushaltsuntreue)?</p>	<p>– e.M.: Nein, geschützt ist nicht die bloße Gestaltungsmacht des Haushaltsgesetzgebers, sondern allein das Vermögen.</p> <p>(dagg.) Wer unter Missachtung der Dispositionsfreiheit des Haushaltsgesetzgebers Mittel zweckentfremdet, der führt einen Schaden nach den Grundsätzen des individuellen Schadenseinschlags herbei (s.o. § 263 Rn. 23).</p> <p>– h.M.: Ja (im Übrigen kann nach den Grundsätzen des individuellen Schadenseinschlags ein Vermögensschaden sogar ohne „Zweckentfremdung“ vorliegen).</p> <p>Zur Vertiefung: <i>Joecks/Jäger</i>, § 266 Rn. 42; <i>LPK/Kindhäuser/Hilgendorf</i>, § 266 Rn. 96; <i>Wessels/Hillenkamp/Schuhr</i>, Rn. 791</p>	10
<p>Liegt Untreue nach § 266 vor, wenn eine Stelle aus rein sachfremden Motiven, z.B. Parteizugehörigkeit, mit einem fachlich geeigneten Kandidaten besetzt wird (Ämterpatronage)?</p>	<p>– e.M.: Ja, nach den Grundsätzen des individuellen Schadenseinschlags kann ein Schaden auch dann bestehen, wenn der Kandidat im Übrigen sein Geld „wert“ ist.</p> <p>(dagg.) Nach den Grundsätzen des Anstellungsbetrugs (s.o. § 263 Rn. 29) kann ein Schaden nur angenommen werden, wenn der Bewerber entweder die Leistungsanforderungen oder die Laufbahnvoraussetzungen nicht erfüllt.</p> <p>– h.M.: Nein (anders, wenn ein fachlich ungeeigneter Bewerber eingestellt wird).</p> <p>Zur Vertiefung: <i>LPK/Kindhäuser/Hilgendorf</i>, § 266 Rn. 98</p>	11

- | | | |
|----|---|---|
| 12 | Liegt ein Nachteil i.S.d. § 266 vor, wenn der Täter für seinen Geschäftsherrn ein wirtschaftlich ausgeglichenes Geschäft abschließt und dafür vom Geschäftspartner ein Schmiergeld erhält (sog. Kick-Back-Verfahren)? | <p>– e.M.: Nein, das Schmiergeld stammt ja aus dem Vermögen des Geschäftspartners.</p> <p>(dagg.) Da der Geschäftspartner das Schmiergeld in die Kalkulation der verlangten Gegenleistung einbezieht, stammt der Vorteil des Täters wirtschaftlich doch aus dem von ihm betreuten Vermögen.</p> <p>– h.M.: Ja, der Vermögensnachteil besteht zumindest in Höhe des Schmiergeldes (wenn der Geschäftspartner bereit gewesen wäre, die Leistung ohne das Schmiergeld zu einem günstigeren Preis zu erbringen) – bei Abschluss eines im Vergleich zu Mitbewerbern teureren Geschäfts sogar noch darüber hinaus.</p> <p>Zur Vertiefung: <i>Joecks/Jäger</i>, § 266 Rn. 45; <i>LPK/Kindhäuser/Hilgendorf</i>, § 266 Rn. 91 ff.</p> |
| 13 | Begeht eine Untreue, wer durch Flugreisen erworbene Bonus-Meilen nicht an sein Unternehmen abführt, sondern privat verfliegt? | <p>– e.M.: Ja, das private Verwenden von geschäftlich erworbenen Bonus-Meilen, wenn nicht seitens des Geschäftsherrn ausdrücklich erlaubt, analog dem Empfang von Schmiergeldern im Kick-Back-Verfahren als Untreue zu bestrafen.</p> <p>(dagg.) Der Flugpreis steht fest. Es gehört nicht zur Vermögensbetreuungspflicht, das Vermögen des Berechtigten zu mehren, sondern nur ihm keinen Nachteil zuzufügen.</p> <p>– a.M.: Nein, die Nichterfüllung des Anspruchs aus § 687 II BGB ist strafrechtlich nicht pönalisiert.</p> <p>Zur Vertiefung: <i>LPK/Kindhäuser/Hilgendorf</i>, § 266 Rn. 92</p> |