

Materielles Strafrecht im Assessorexamen

Kaiser / Holleck / Haderer

7., neu bearbeitete Auflage 2026
ISBN 978-3-8006-7861-7
Vahlen

schnell und portofrei erhältlich bei
beck-shop.de

Die Online-Fachbuchhandlung 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 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 für sein

umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

- In der zweiten Konstellation setzt der Täter den Rechtsschein dadurch, dass er eine zunächst für ihn bestehende **Verfügungs- oder Verpflichtungsbefugnis** auch nach ihrem **Wegfall** für seine Zwecke wahrheitswidrig vorgibt.⁶⁴¹

Beispiel: Die Täterin war Bevollmächtigte einer Firma. Nachdem ihr die Vollmacht widerrufen wurde, verkaufte und übereignete sie Waren der Firma zu einem Schleuderpreis.

Im Gegensatz zur ersten Konstellation liegt hier mit der Rechtsprechung⁶⁴² weiterhin – trotz Wegfalls der Vollmacht – eine Vermögensbetreuungspflicht vor. Der maßgebliche Unterschied zur ersten Konstellation besteht darin, dass das Unrecht der Tat ein anderes ist: Die Täterin nutzt hier eine Position aus, die ihr im besonderen Vertrauen darauf, fremde Vermögensinteressen zu wahren, von dem Vermögensinhaber zuvor wirksam verliehen wurde.

bb) „missbraucht“

Der Täter „missbraucht“ seine Befugnis, wenn er im Rahmen des **rechtlichen Könnens im Außenverhältnis** das **rechtliche Dürfen im Innenverhältnis** bewusst überschreitet. Rein tatsächlich bedeutet dies, dass der Täter zu der Handlung, die er vornimmt, befugt ist, jedoch entgegen einer bestehenden Verpflichtung gegenüber dem Vermögensinhaber agiert.⁶⁴³

Beispiel: Der Täter ist Prokurist einer Firma und wurde vom Firmeninhaber verpflichtet, maximal 200.000 EUR für den Wareneinkauf auszugeben. Dennoch kauft der Täter Waren im Wert von 250.000 EUR, um den Mehrbestand für eigene Zwecke zu verwenden.

Beachte: Sofern der Täter eine Stellung mit **weisungsunabhängigen Befugnissen** im Innenverhältnis genießt, wie zB der Vorstand einer AG, müssen Sie die Grenzen seines rechtlichen Dürfens anhand des Sachverhalts genauer feststellen. Hierzu dienen Ihnen insbesondere die den Täter verpflichtenden gesetzlichen Regelungen (zB § 76 AktG), anhand derer Sie den Umfang der Befugnisse auszulegen haben. In der Examensklausur wird dies vor allem bei den Fallkonstellationen der sog. **Risikogeschäfte** zum Tragen kommen. Darunter fallen zB Spekulationsgeschäfte von Kreditinstituten oder Firmen.⁶⁴⁴ Solche Risikogeschäfte kennzeichnet, dass deren rechtsgeschäftlichen Verfügungen stets eine erhöhte Vermögensschädigungsgefahr zugrunde liegen.

Der Klausursachverhalt wird Ihnen an geeigneter Stelle deutlich machen, dass das Risikogeschäft entweder überhaupt keine Aussicht auf Gewinnerzielung hatte oder der Vermögensinhaber sich hierzu einverstanden erklärte. Liegt eine solche wirksame Erklärung vor, begründet dies ein tatbestandsausschließendes Einverständnis.⁶⁴⁵ War hingegen eine Gewinnerzielung gar nicht möglich, ist von einem Missbrauch auszugehen.

b) § 266 I Alt. 2 StGB (Treubruchtatbestand)

aa) „die ihm kraft Gesetzes, behördlichen Auftrags, Rechtsgeschäfts oder eines Treueverhältnisses obliegende Pflicht, fremde Vermögensinteressen wahrzunehmen“

Anders als der speziellere Missbrauchstatbestand knüpft der allgemeine Treubruchtatbestand nicht an eine formale Stellung des Täters an, sondern an dessen **tatsächliche Einwirkungsmacht** auf das zu betreuende Vermögen. 104

Zwar weist der Treubruchtatbestand ebenfalls die Möglichkeit auf, dass der Täter im Rahmen einer Vermögensbetreuungspflicht kraft Gesetzes, behördlichen Auftrags oder eines Rechtsgeschäfts handelt. Darüber hinaus kann sich die Vermögensbetreuungspflicht jedoch ebenso aufgrund eines tatsächlichen (Treue-)Verhältnisses des Täters für fremdes Vermögen begründen.

641 OLG Stuttgart NStZ 1985, 366.

642 OLG Koblenz NStZ 2012, 330.

643 Vgl. Fischer/Fischer/Lutz StGB § 266 Rn. 24 ff.

644 BGHSt 47, 148 = NJW 2002, 1211.

645 BGH NJW 2000, 155.

Merke: Ein **tatsächliches Treueverhältnis** kann sich aus zwei typischen Konstellationen ergeben:⁶⁴⁶

- Zum einen bei **zivilrechtlich nicht wirksam** entstandenen Treueverhältnissen, wenn nach dem Willen des Verpflichteten und des Vermögensinhabers aufgrund tatsächlicher Pflichtenübernahme dennoch ein faktisches, fremdnütziges Herrschaftsverhältnis für fremdes Vermögen begründet wurde.

Beispiel: Der Geschäftsführer einer GmbH ist offiziell eine lediglich als Strohmann fungierende Person, während der Täter als sog. faktischer Geschäftsführer tatsächlich die Firma leitet.

- Zum anderen bei **zivilrechtlich erloschenen** Treueverhältnissen, wenn nach dem Willen des Verpflichteten und des Vermögensinhabers das Treueverhältnis tatsächlich fortbesteht.

Beispiel: Der Geschäftsführer einer insolventen GmbH handelt im Einvernehmen mit dem Insolvenzverwalter im Namen der Firma.

Auch beim Treubruchtatbestand kann daher nur derjenige Täter sein, dem aus diesem Treueverhältnis eine Vermögensbetreuungspflicht obliegt. Die **Vermögensbetreuungspflicht** muss jedoch typischer und wesentlicher Inhalt des Treueverhältnisses sein, um den Anwendungsbereich der Untreue nicht ausufern zu lassen. Zu fordern ist daher, dass die Vermögensbetreuungspflicht eine **Hauptpflicht** des Täters darstellt.⁶⁴⁷

Beachte: In der Examensklausur wird regelmäßig der Schwerpunkt bei der Prüfung der Untreue darin liegen, zu bestimmen, ob der Täter eine solche Hauptpflicht innehatte.

Das müssen Sie im Einzelfall anhand von **Indizien** aus dem Sachverhalt feststellen! Mit der Rechtsprechung sprechen folgende Umstände für eine solche **Hauptpflicht**:

- eigener **Entscheidungsspielraum**,
- hinreichendes Maß an **Selbstständigkeit** und **Eigenverantwortlichkeit** des Täters
- sowie ein **Umfang** und eine **Dauer** der Pflichtenstellung **von einigem Gewicht**.

Danach begründet zB die Tätigkeit eines Haus- oder Kassenverwalters oder eines Buchhalters regelmäßig eine Vermögensbetreuungspflicht.

Klausurtyp: Für nachfolgende typische Klausurkonstellationen wird eine Hauptpflicht hingegen abzulehnen sein:

- Mangels Selbstständig- und Eigenverantwortlichkeit ihrer Tätigkeit scheiden die Berufe eines Boten, einer Sekretärin oder eines Auslieferungsfahrers für die Annahme einer Vermögensbetreuungspflicht in der Regel aus.
- Ebenso begründen allein verwandt- oder freundschaftliche Beziehungen noch keine Vermögensbetreuungspflicht.
- Gleiches gilt für die allgemeine Verpflichtung, einen Vertrag zu erfüllen, und dabei auf die Interessen des anderen Teils Rücksicht zu nehmen (§ 242 BGB).
- Auch die allgemeine beamtenrechtliche Treuepflicht gegenüber dem Dienstherrn begründet noch keine Vermögensbetreuungspflicht. Etwas anderes gilt natürlich, wenn der Beamte aus der Dienststellung oder seinem besonderen Aufgabenkreis einer solchen konkreten Verpflichtung unterliegt.⁶⁴⁸

Schwierig wird es hingegen bei **Kassierern**. Entscheidend für die Annahme einer Vermögensbetreuungspflicht ist hier, ob diesen Verwaltungs- oder Buchhaltungspflichten obliegen oder sie zur Erstellung von Quittungen befugt sind.

Beachte: Nutzt der Täter eine ihm von einem Kreditkarteninhaber zur eigennützigen Verwendung überlassene Kreditkarte auch nach dem Tod des Kreditkarteninhabers weiter, macht er sich mangels Vermögensbetreuungspflicht nicht wegen Untreue strafbar. Nach der Rechtsprechung⁶⁴⁹ besteht hier weder zugunsten des verstorbenen Kreditkarteninhabers noch zugunsten seiner Erben eine fremdnützige Vermögensfürsorge als Hauptpflicht der Rechtsbeziehung.

⁶⁴⁶ Vgl. Fischer/Fischer/Lutz StGB § 266 Rn. 41 ff.

⁶⁴⁷ BGHSt 1, 189; BGH NStZ 2023, 351.

⁶⁴⁸ BayObLG NJW 2022, 3522.

⁶⁴⁹ BGH NStZ-RR 2015, 213.

Problem: Ganovenuntreue

Im Zusammenhang mit gesetzes- und sittenwidrigen Geschäften ist zu prüfen, ob auch unter Straftätern eine Vermögensbetreuungspflicht besteht.⁶⁵⁰ Die Rechtsprechung lässt dies zu und folgt dabei den allgemeinen Grundsätzen zur Bestimmung einer Vermögensbetreuungspflicht, wenn für den „veruntreuenden“ Ganoven also ein hinreichendes Maß an Selbstständigkeit und Eigenverantwortlichkeit festzustellen ist. Danach wäre zB einem Drogenkurier ohne eigenen Handlungsspielraum eine Vermögensbetreuungspflicht abzusprechen!

Beachte: Ob Ganovengeschäfte allerdings überhaupt das strafrechtlich geschützte Vermögen betreffen und damit schädigen können, bewertet die Rechtsprechung unterschiedlich. Hier folgt sie im Grundsatz ihrer Haltung zu illegalen und sittenwidrigen Geschäften im Zusammenhang mit dem Betrugstatbestand (vgl. → Rn. 91).

Differenzieren Sie auch hier zwischen folgenden **Konstellationen**:

- In der ersten Konstellation **unterlässt ein Ganove die ihn verpflichtende, aber gesetzes- oder sittenwidrige Handlung**, was sich schadensbegründend auswirkt.

Beispiel: Ein Drogendealer vereinbart mit seinem Zwischenhändler für 2.000 EUR das Rauschgift über die Landesgrenze zu bringen. Da der Zwischenhändler sich später weigert, dies auszuführen, entgeht dem Drogendealer ein hoher Gewinn. Mangels eines Vermögenswerts von gesetzes- oder sittenwidrigen Geschäften scheidet eine Untreue aus.

- Die zweite Konstellation betrifft wieder das sog. **gute Geld** (vgl. → Rn. 91). Der Ganove „veruntreut“ das zu gesetzes- oder sittenwidrigen Geschäften von seinem Auftraggeber einzusetzende Geld, indem er es entweder abredewidrig verwendet oder für sich behält.⁶⁵¹

Beispiel: Der Drogendealer übergibt seinem Partner 10.000 EUR, um damit für ihn Drogen einzukaufen. Anschließend verwendet der Partner das Geld für eigene Waffengeschäfte. Da der Auftrag die Erfordernisse einer Hauptpflicht (Vermögensbetreuungspflicht) erfüllt und Geld einen Vermögenswert aufweist, liegt hier Untreue vor!

- Der dritten Konstellation liegt zugrunde, dass **sittenwidrig erlangte Gegenstände** abredewidrig durch den Ganoven verwendet werden.

Beispiel: Der Hehler soll gestohlene Fernseher gewinnbringend für den Vortäter verkaufen. Stattdessen verkauft er sie für eigene Rechnung. Mit der Rechtsprechung⁶⁵² ist hier eine Untreue abzulehnen, obwohl sie derartige Gegenstände aufgrund eines Vermögenswerts unter den Schutz des Betrugstatbestands stellt (vgl. → Rn. 91). Die unterschiedliche Begründung ist jedoch darin zu sehen, dass es bei § 263 StGB gerade keine verkehrsspezifischen Pflichten gibt, die verletzt werden können. Allerdings wird hier regelmäßig eine veruntreuende Unterschlagung gem. § 246 II StGB vorliegen.

bb) „verletzt“

Anders als beim Missbrauchstatbestand kann die Pflichtverletzung beim Treuebruchtatbestand nicht nur in rechtsgeschäftlichem, sondern auch in tatsächlichem Verhalten des Täters liegen. Wegen der Weite der Treuebruchalternative fällt aber nicht schlechthin jede Pflichtverletzung darunter. Vielmehr sollen nur solche Verletzungen den Tatbestand erfüllen, die in einem inneren Zusammenhang mit einer dem Täter übertragenen Verpflichtung stehen. Es kommt also auf die **Verletzung einer spezifischen Treuepflicht** an. Neben den eher seltenen Fällen des Zerstörens, Entwendens oder Beschädigens von Vermögensgegenständen oder des Hervorrufens von Schadensersatzansprüchen Dritter gegen den Vermögensinhaber wird die Vermögensbetreuungspflicht typischerweise durch unterlassene oder nicht ordnungsgemäße Ausführung der dem Täter übertragenen Geschäftsbesorgungen vorliegen, indem er entsprechende gesetzliche Regelungen, Richtlinien oder Weisungen missachtet.

⁶⁵⁰ Vgl. Fischer/Fischer/Lutz StGB § 266 Rn. 44 ff.

⁶⁵¹ BGHSt 8, 254 (256) = NJW 1956, 151.

⁶⁵² RGSt 70, 9.

c) „Vermögensnachteil“

Der Begriff des Vermögensnachteils entspricht dem des **Vermögensschadens** beim Betrug (vgl. → Rn. 90 ff.). Insofern ist auch hier die Annahme eines Vermögensnachteils in Gestalt der sog. **schadensgleichen Vermögensgefährdung** anerkannt.⁶⁵³ Das BVerfG⁶⁵⁴ hat jedoch insoweit deutlich gemacht, dass auch der Gefährdungsschaden eine echte Vermögenseinbuße erfordert, die wirtschaftlich nachvollziehbar konkret zu berechnen ist (vgl. → Rn. 92).

Beachte: Die Pflichtwidrigkeit der Handlung ergibt sich häufig gerade aus der dem betreuten Vermögen innewohnenden Gefährdung und steht so in einem inneren Zusammenhang zum Vermögensnachteil. Nach dem BVerfG⁶⁵⁵ darf aber das Tatbestandsmerkmal des Vermögensnachteils nicht mit dem Pflichtwidrigkeitsmerkmal „verschleifen“, also in diesem Merkmal so aufgehen, dass es seiner eigenständigen Bedeutung weitestgehend beraubt wird (sog. **Verschleifungsverbot**). Unzulässig ist es daher, von der Pflichtwidrigkeit ohne eigenständige Prüfung auf den Vermögensnachteil zu schließen. Achten Sie in der Examensklausur daher darauf, beide Tatbestandsmerkmale jeweils unabhängig voneinander zu prüfen und insbesondere den Vermögensnachteil genau zu beziffern.

Problem: Kompensationen

Im Untreuetatbestand können ausnahmsweise – anders als beim Betrug – Kompensationen aufgrund von Ersatzansprüchen Berücksichtigung finden. Dies gilt insbesondere für den Fall, dass ein sog. schadensausgleichsbereiter Täter fortwährend gewillt und fähig ist, eigene Mittel zum Ausgleich eines Vermögensnachteils bereitzuhalten.⁶⁵⁶ Zeigt sich eine Kompensation jedoch in Gestalt einer erst nachträglichen Beseitigung des Vermögensschadens – wie zB durch freiwillige Spenden Dritter – so gilt dies nicht!⁶⁵⁷

2. Subjektiver Tatbestand

Der subjektive Tatbestand von § 266 StGB setzt zumindest Eventualvorsatz hinsichtlich aller objektiven Tatbestandsmerkmale voraus.

Beachte: Sofern von der sog. **Nachteilszufügungsabsicht** die Rede ist, meint dies jedoch lediglich, dass der Täter auch jedenfalls billigend in Kauf genommen haben muss, dem Vermögensinhaber einen Nachteil zuzufügen. Einer (Bereichungs-)Absicht – wie sie der Betrugstatbestand verlangt – bedarf es in § 266 StGB nicht!

Die Rechtsprechung⁶⁵⁸ stellt in den Fällen der sog. **fremdnützigen Untreue** strenge Anforderungen an die innere Tatseite, insbesondere, wenn der Vermögensnachteil lediglich in Form einer „schadensgleichen Vermögensgefährdung“ besteht. In diesen Fällen muss sich der Täter, neben dem Erfordernis, den Vermögensnachteil für möglich zu halten und ihn billigend in Kauf zu nehmen, gerade auch mit der Realisierung dieser Gefahr abfinden. Will der Täter den Vermögensnachteil hingegen gerade vermeiden und verbleiben ihm nicht nur vage Hoffnungen, dass ein solcher nicht eintritt, scheidet Untreue aus.

IX. § 266b StGB: Scheck- und Kreditkartenmissbrauch

- 106 Der Straftatbestand des Scheck- und Kreditkartenmissbrauchs gem. § 266b StGB schützt nach der Rechtsprechung⁶⁵⁹ neben dem Vermögen des Kartenausstellers auch die Funktionsfähigkeit des bargeldlosen Zahlungsverkehrs. Er dient dazu, Strafbarkeitslücken zwischen den Tatbeständen des Betrugs und der Untreue bei deliktischen Handlungen des berechtigten Inhabers von Kredit- oder Scheckkarten zu schließen.⁶⁶⁰

⁶⁵³ BGHSt 51, 100 = NJW 2007, 1760.

⁶⁵⁴ BVerfG NJW 2009, 2370

⁶⁵⁵ BVerfGE 126, 170 = NStZ 2010, 626.

⁶⁵⁶ BGHSt 15, 342 (344) = NJW 1961, 685; vgl. BGH NStZ 2015, 277.

⁶⁵⁷ LG Bonn NStZ 2001, 375 – „Bundeskanzler Kohl“.

⁶⁵⁸ BGHSt 51, 100 = NJW 2007, 1760.

⁶⁵⁹ BGH NStZ 1993, 283.

⁶⁶⁰ BGH JZ 1987, 208.

Beachte: Diese Strafbarkeitslücken ergeben sich daraus, dass sich der Vertragshändler, bei dem der Täter mit einer Kreditkarte bezahlt, keine Gedanken über dessen Zahlungsfähigkeit machen muss. Denn die kartenausstellende Bank übernimmt bei einer Zahlung mittels Scheck- oder Kreditkarte eine sog. **Garantieleistung**. Für den Vertragspartner ist es in diesen Fällen daher unerheblich, ob der Täter tatsächlich zahlungsfähig ist. Der Vertragspartner bekommt sein Geld schließlich stets von der Bank! Ein Betrug scheitert damit immer schon an einem fehlenden Irrtum. Eine Untreue liegt ebenfalls nicht vor. Denn den Karteninhaber trifft gegenüber der kartenausstellenden Bank keine Vermögensbetreuungspflicht.

Der untreuähnliche Tatbestand des § 266b StGB ist jedoch – wie die Untreue selbst auch – ein **Sonderdelikt!** Tauglicher Täter kann danach **ausschließlich der berechnigte Scheck- oder Kreditkarteninhaber** sein.

Klausurtyp: Achten Sie in der Examensklausur im Zusammenhang mit Bankkarten aller Art darauf, ob der „berechnigte“ Karteninhaber die Karte einsetzt. Verwendet nämlich ein Unberechtigter die Karte, scheidet § 266b StGB stets aus!

Beachte: Nach § 266b II StGB gilt auch für den Scheck- oder Kreditkartenmissbrauch die Geringwertigkeitsschwelle aus § 248a StGB mit dem daraus folgenden Strafantragserfordernis. Wie bei der Untreue ist der Versuch eines Scheck- oder Kreditkartenmissbrauchs straflos.

1. Objektiver Tatbestand

Der objektive Tatbestand des § 266b StGB setzt voraus, dass der Täter

„die ihm durch die Überlassung einer Scheckkarte oder einer Kreditkarte eingeräumte Möglichkeit, den Aussteller zu einer Zahlung zu veranlassen, missbraucht und diesen dadurch schädigt.“

a) „Scheckkarte oder Kreditkarte“

Den Tatbestand des § 266b StGB kann der Täter sowohl mit einer Scheckkarte (§ 266b I Alt. 1 StGB) als auch mit einer Kreditkarte (§ 266b I Alt. 2 StGB) verwirklichen.

Merke: Die Anwendbarkeit von § 266b StGB wird durch ein sog. **Drei-Partner-Verhältnis** zwischen dem Täter (= berechtigter Karteninhaber), dem Vertragspartner (= Zahlungsempfänger) und dem Kreditinstitut (= Kartenaussteller) gekennzeichnet. Dabei garantiert das Kreditinstitut gegenüber dem Vertragspartner Verfügungen des Karteninhabers bis zu einer gewissen Höhe zu übernehmen, unabhängig davon, ob dessen Konto eine Deckung aufweist.

Für die Prüfung in der Examensklausur bedeutet dies, dass § 266b StGB ausnahmslos schon dann ausscheidet, wenn lediglich ein sog. Zwei-Partner-Verhältnis vorliegt!

Beachte: Da der frühere „Eurocheque“ nach Vereinbarung der europäischen Kreditwirtschaft zum 1.1.2002 kein gültiges Zahlungsmittel mehr darstellt, gibt es auch den Einsatz der zum „Eurocheque“ gehörenden Scheckkarte nicht mehr. Dennoch verbleibt ein Anwendungsbereich für Scheckkarten, nämlich in Gestalt des Einsatzes einer sog. Maestro-Card – im Sprachgebrauch regelmäßig als „**EC-Karte**“ bezeichnet.

Der Einsatz einer solchen „EC-Karte“ fällt jedoch nur dann unter den Begriff einer „Scheckkarte“, wenn diese in dem sog. **POS-Verfahren** (Point-of-Sales = automatisiertes Lastschriftverfahren mit Online-Überprüfung der Karte und Einlösungsgarantie der kartenausgebenden Bank) genutzt wird. Denn nur in diesen Fällen wird beim Einsatz der „EC-Karte“ eine Garantiefunktion der kartenausstellenden Bank in einem **Drei-Partner-Verhältnis** entfaltet. Das „POS-Verfahren“ zeichnet sich schließlich dadurch aus, dass bei Gebrauch der Karte online ein Datenabgleich zwischen der Bank und dem „POS“-Vertragspartner stattfindet, bei welchem die Bonität des Karteninhabers geprüft wird.

Wird demgegenüber die Karte im sog. **POZ-Verfahren** (Point-of-Sales ohne Zahlungszusage) eingesetzt, erfolgt dies stets durch ein Verfahren, welches zwar auch online Daten überprüft, allerdings ausschließlich darauf bezogen, ob die Karte gesperrt oder freigegeben ist. Die Bonität des Karteninhabers wird hingegen nicht geprüft. Vertragspartner, die dieses – für sie kostengünstigere – Verfahren wählen, müssen sich zur Zahlung mit der Karte stets die Unterschrift des Karteninhabers für den Einzug per Lastschrift geben lassen. Der Karteninhaber erklärt damit eigenständig gegenüber seinem

Vertragspartner, zahlungsfähig zu sein. Mangels Garantieleistung einer Bank existiert daher auch **kein Drei-Partner-Verhältnis**. Eine Anwendbarkeit des § 266b StGB scheidet mithin beim Verwenden einer „EC-Karte“ im „POZ“-Verfahren aus.

Beachten Sie zudem, dass trotz Einsatzes einer Kredit- oder Scheckkarte durch den berechtigten Karteninhaber mit der Rechtsprechung⁶⁶¹ nur von einem sog. Zwei-Partner-Verhältnis auszugehen ist, wenn die Karte bei einem **Geldautomaten der ausstellenden Bank** eingesetzt wird. Hier fungiert die Karte nämlich nur noch als „Codekarte“ oder „Schlüssel“, ohne dass es auf ihre Garantiefunktion ankommt. Auch dann scheidet § 266b StGB mangels „Drei-Partner-Verhältnisses“ aus.

Ebenfalls nur von einem Zwei-Partner-Verhältnis ist bei der Nutzung von sog. **Kundenkarten** – zB von Handelsketten oder Tankstellen – auszugehen. Ein Garantievertrag mit einem Kreditinstitut besteht hier nämlich gerade nicht. Denn mit solchen Kundenkarten kann der Täter nur bei einem bestimmten Unternehmen, welches in der Regel selbst die Karte ausgegeben hat, bargeldlos einkaufen. Dieser Einkauf wird über eine Einzugsermächtigung für das Bankkonto des Täters abgewickelt. Sollte das Konto des Karteninhabers hierbei keine Deckung mehr aufweisen, bleibt daher die Forderung des Kartenausstellers offen. In diesen Fällen scheidet § 266b StGB zwar aus, allerdings ist ein Betrug gem. § 263 StGB verwirklicht.⁶⁶²

Merke: Aus dieser Darstellung der tatsächlichen Hintergründe der Zahlungssysteme und ihrer Arbeitsabläufe⁶⁶³ zeigt sich für Sie, dass der „klassische“ missbräuchliche Einsatz von Scheck- und Kreditkarten gem. § 266b StGB kaum noch eine praktische Bedeutung hat. Daher werden Sie in der Examensklausur wohl auch kaum noch einen Sachverhalt vorfinden, in dem der Scheck- und Kreditkartenmissbrauch verwirklicht wird. Das vorgenannte Wissen ist jedoch für Sie deshalb von Bedeutung, weil Sie den § 266b StGB in den entsprechenden Sachverhaltskonstellationen natürlich prüfen und im Ergebnis in aller Regel ablehnen müssen.

Für die **Verwirklichung des § 266b StGB** verbleiben danach nur nachfolgende Sachverhaltskonstellationen:

- Die Kreditkarte oder die „EC-Karte im „POS“-Verfahren wird bei einem Vertragspartner, der auch eine fremde Bank sein kann (Drei-Partner-Verhältnis), ohne Deckung eingesetzt und das **Online-Überprüfungssystem versagt**.
- Die Kreditkarte wird bei einem Vertragspartner eingesetzt, der noch über ein **manuelles System zur Erstellung eines Kaufbeleges** abrechnet. Hierbei wird ein Beleg erstellt, der dem Vertragspartner dazu dient, seine Forderung gegenüber der kartenausstellenden Bank geltend zu machen. Weist nun das Konto des Karteninhabers keine Deckung auf, ist die Bank aus dem Garantieverhältnis dennoch zur Zahlung an den Vertragspartner verpflichtet.

b) „missbraucht“

Die Tathandlung des Missbrauchs von Scheck- oder Kreditkarten liegt jeweils in dem Missbrauch der Möglichkeit, den Kartenaussteller zu einer (Garantie-)Zahlung zu veranlassen, indem der Täter unter Ausnutzung des rechtlichen Könnens im Außenverhältnis und unter Überschreitung des rechtlichen Dürfens im Innenverhältnis das kartenausstellende Kreditinstitut gegenüber dem Zahlungsempfänger wirksam bindet.⁶⁶⁴

c) „Kartenaussteller dadurch schädigt“

Der Taterfolg liegt in der Schädigung des Kartenausstellers in Form eines Vermögensschadens. Nach der Rechtsprechung⁶⁶⁵ gilt auch für den Scheck- und Kreditkartenmissbrauch der Schadensbegriff des § 263 StGB (vgl. → Rn. 90 ff.), womit auch eine schadensgleiche Vermögensgefährdung ausreichen kann.

2. Subjektiver Tatbestand

Im subjektiven Tatbestand setzt der Scheck- und Kreditkartenmissbrauchs mindestens Eventualvorsatz voraus.

⁶⁶¹ BGHSt 47, 165 = NJW 2002, 905.

⁶⁶² BGHSt 38, 282; OLG Koblenz StRR 2014, 445.

⁶⁶³ Ausführlich dazu Fischer/Fischer/Lutz StGB § 266b Rn. 6a iVm § 263a Rn. 15.

⁶⁶⁴ BGH NStZ 1992, 279.

⁶⁶⁵ Vgl. Fischer/Fischer/Lutz StGB § 266b Rn. 18.

X. §§ 259, 260, 260a StGB: Hehlerei

Bei dem Tatbestand der Hehlerei handelt es sich ebenfalls um ein **Vermögensdelikt**, welches die Aufrechterhaltung der durch die Vortat geschaffenen rechtswidrigen Vermögenslage durch einverständliches Zusammenwirken mit dem Vortäter oder dessen Besitznachfolger (sog. Perpetuierungsfunktion) unter Strafe stellt. Das Unrecht der Hehlerei liegt also darin, dass mit ihrer Umsetzung der Vortäter die Sorge um die gefahrlose Verwertung der Beute verliert. Das Verbot der Hehlerei soll daher auch den ständigen Anreiz für die Begehung von Vermögensstraftaten verhindern.

Beachte: Gemäß § 259 II StGB erfordert auch die Hehlerei in den Fällen der Geringwertigkeit nach § 248a StGB einen wirksamen Strafantrag. Sofern die Hehlerei unter Familienangehörigen oder in häuslicher Gemeinschaft erfolgt, gilt § 247 StGB.

Zudem ist auch der **Versuch** gem. § 259 III StGB strafbar.

Klausurtyp: Der Tatbestand der Hehlerei stellt im Zusammenhang mit einem dazu alternativ begangenen Diebstahl in der Examensklausur den „Klassiker“ für die Prüfung einer (echten) Wahlfeststellung (vgl. → Rn. 213) dar.⁶⁶⁶

1. Objektiver Tatbestand

Der objektive Tatbestand des § 259 I StGB setzt voraus, dass der Täter

„eine Sache,
die ein anderer gestohlen oder sonst durch eine gegen fremdes Vermögen gerichtete
rechtswidrige Tat erlangt hat,
ankauft oder
sonst sich oder einem Dritten verschafft,
sie absetzt oder
absetzen hilft.“

a) „Sache“

Von der Hehlerei werden ausschließlich Sachen geschützt. Prägen Sie sich daher das Schlagwort der sog. **Sachhehlerei** ein. Unter den Begriff der Sache fallen jedoch – anders als beim Diebstahl – auch unbewegliche und herrenlose Sachen.⁶⁶⁷ Selbstverständlich ist daher auch Geld von der Sachhehlerei umfasst.

Beispiel: Der Dieb teilt entwendetes Geld mit seiner Freundin, welche von der Herkunft aus einem Diebstahl Kenntnis hat. Sie hat sich daher wegen Hehlerei strafbar gemacht.

Problem: Ersatzhehlerei

Die Hehlerei kann sich nach der Rechtsprechung aber nur auf Sachen beziehen, die unmittelbar aus der **Vortat** stammen. Das bedeutet, dass zwischen der „gehehlten“ und der „aus der Vortat erlangten“ Sache körperliche Identität bestehen muss. Damit scheiden sog. Ersatzsachen (Surrogate) aus, da dies anderenfalls gegen das Analogieverbot von Art. 103 II GG verstoßen würde.⁶⁶⁸

Beispiel: Der Dieb wechselt einen aus seiner Geldbeute herrührenden Geldschein über 100 EUR in zwei Geldscheine zu je 50 EUR. Anschließend schenkt er einen 50 EUR-Geldschein seiner Freundin, welche die Umstände kennt. Eine Hehlerei scheidet für die Freundin hier aus. Denn der an diese übergebene 50 EUR-Geldschein stammt nicht mehr unmittelbar aus der Vortat.

⁶⁶⁶ Vgl. Kaiser/Bracker StA-Klausur Rn. 10 ff.

⁶⁶⁷ Vgl. Fischer/Fischer/Lutz StGB § 259 Rn. 3.

⁶⁶⁸ Vgl. Fischer/Fischer/Lutz StGB § 259 Rn. 7.

Beachte: Unterscheiden Sie diese Straflosigkeit⁶⁶⁹ der „Ersatzhehlerei“ allerdings von dem Fall, bei dem das „Ersatzgeschäft“ selbst eine geeignete Vortat der Hehlerei begründet, aus der die „Ersatzsache“ unmittelbar hervorgeht.

Beispiel: Ein Dieb verkauft eine gestohlene Uhr als echte „Cartier“ an einen Dritten. Tatsächlich handelt es sich aber um eine „No-Name-Uhr“. Der Dieb begeht damit einen (Erfüllungs-)Betrug gegenüber dem Dritten. Den daraus erlangten Gelderlös teilt er mit seiner Freundin, welche die Tatumstände kennt. Die Freundin verwirklicht hier eine Hehlerei an dem Geld, da dieses unmittelbar aus einer geeigneten Vortat (Betrug) stammt und somit taugliches Tatobjekt ist.

b) „die ein anderer gestohlen oder sonst durch eine gegen fremdes Vermögen gerichtete rechtswidrige Tat erlangt hat“

- 108 Dieses Tatbestandsmerkmal beschreibt das Erfordernis einer tauglichen **Vortat**, die der Hehlereihandlung vorausgegangen sein muss. Voraussetzung ist insoweit eine tatbestandsmäßige und rechtswidrige – nicht jedoch zwingend schuldhaft – Vortat.

Beachte: Der Begriff der Vortat ist weit zu fassen, indem darunter **jede gegen fremdes Vermögen gerichtete rechtswidrige Tat** fällt. Tauglich sind daher sämtliche Delikte, die fremdes Vermögen verletzen und unmittelbar dadurch zur Begründung einer rechtswidrigen Besitzlage führen.⁶⁷⁰

Typischerweise kommen als Vortaten folgende Straftatbestände in Betracht: §§ 242, 246, 257, 266 StGB. Möglich ist aber auch eine Hehlerei als taugliche Vortat (sog. **Kettenhehlerei**)!

Beispiel: Ein Dieb verkauft seinem Nachbarn einen gestohlenen Fernseher. Anschließend verkauft der Nachbar diesen Fernseher an dessen Freund weiter, der die Tatumstände ebenfalls kennt.

Demgegenüber scheiden solche Delikte als Vortat aus, welche die „Sache“ selbst erst hervorgebracht haben, wie zB bei Geldfälschungsdelikten oder bei den Korruptionsstraftaten. Denn nicht nur vom Wortlaut, sondern auch vom Schutzzweck der Hehlerei wird ein „Erlangen“ der bemakelten Sache vorausgesetzt.

Klausurtyp: In der Examensklausur können Sie mit dem Sachverhalt konfrontiert werden, dass der Täter sog. **Raubkopien** von Filmen, Musik, (Steuer-)Daten oder Software erwirbt. Solche Tathandlungen sind jedoch nicht gegen das Vermögen gerichtet. Die damit verbundenen Verstöße nach §§ 106, 108 UrhG schützen lediglich das sog. geistige Eigentum. Eine taugliche Vortat der Hehlerei liegt damit nicht vor.

Anders verhält es sich hingegen, wenn die Vortat in der Weitergabe der rechtswidrig erlangten Datenträger im Original besteht.

Problem: Tauglicher Täter trotz Beteiligung an der Vortat

Aufgrund der Tatbestandsformulierung „die ein **anderer** gestohlen ... hat“ müssen Sie immer folgenden Grundsatz vor Augen haben: **„Der Stehler ist niemals der Hehler“**! Dies bedeutet, dass Täter der Vortat keinesfalls auch tauglicher Täter der Hehlerei sein kann. Ob dies auch für den **Teilnehmer der Vortat** gilt, hängt hingegen vom Einzelfall ab.

Beispiel: Der Teilnehmer der Vortat kauft von seinem Nachbarn (Täter der Vortat) gestohlene Fernseher an. Tags zuvor hatte er diesem für dessen Einbruch bewusst seinen Pkw zur Verfügung gestellt.

Mit der Rechtsprechung⁶⁷¹ liegt für den Teilnehmer eine vollendete Hehlerei immer dann vor, wenn die **Hehlereihandlung** – wie hier – erst **nach Vollendung der Haupttat** erfolgte. Dafür spricht bereits der Wortlaut („gestohlen ... hat“). Das gilt selbst dann, wenn sich der Gehilfe von vornherein eine Teilhabe an der Beute verspricht, soweit er bei der Vortat keine Herrschaftsgewalt an der Sache und kein Anrecht an der Beute besaß.

⁶⁶⁹ BGH NStZ-RR 2019, 379.

⁶⁷⁰ Vgl. Fischer/Fischer/Lutz StGB § 259 Rn. 3a.

⁶⁷¹ BGHSt 7, 129 (134) = NJW 1955, 471; BGH NStZ-RR 2012, 372.